Ausscheiden eines Gesellschafters nach bürgerlichem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Wilhelm Peters
Referendar aus Herne.

Marburg.
R. Friedrich's Universitätsbuchdruckerei (Inhaber Karl Gleiser).
1928.

Von der juristischen Fakultät der Universität Marburg als Dissertation angenommen
am 5. Juli 1928.

Referent: Prof. Dr. Alfred Manigk.

Meinen Eltern.

Inhaltsübersicht.

Schrifttum.

Adler: Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts. Berlin 1895.
Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 2. Bd., 2. Abtlg., 7./8. Aufl. Jena 1924.
Dernburg: Die Schuldverhältnisse. 2. Abtlg., 4. Aufl. Halle 1915.
Dürr: Zur Frage des Ausschlusses aus einem dem Rechte des BGB. unterstehenden nichtrechtsfähigen Verein; in Ju. W. 1905, S. 3.
Ehrenberger: Gesellschaftsvertrag; im Handwörterbuch der Staatswissenschaften. 2. Aufl., Bd. IV, S. 224 ff.
Enneccerus: Recht der Schuldverhältnisse. 18.—22. Aufl. Marburg 1923.
Fischer-Henle: Bürgerl. Gesetzbuch. 13. Aufl. München 1927.
O. Gierke: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887. (Gierke I).
O. Gierke: Vereine ohne Rechtsfähigkeit. Berlin 1902. (Gierke II).
Haidlen: Bürgerl. Gesetzbuch. I. Bd. Stuttgart 1897.
Kaufmann: Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen. München 1912.
Knoke: Das Recht der Gesellschaft. Jena 1901.
Krome: System des Bürgerl. Rechts. Bd. II. Tübingen, Leipzig 1902.
Leist: Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht. Jena 1904. (Leist I.).
Leist: Vereinsherrschaft und Vereinsfreiheit im künftigen Reichsrecht. Jena 1899 (Leist II.).
Neubegger: Die Gesellschaft des BGB. im Grundbuchrecht. Im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 34, S. 57 ff.
Neumann: Handausgabe des Bürgerl. Gesetzbuchs. I. Bd. Berlin 1905.
Planck: Kommentar zum BGB. II. Bd., 2. Hälfte, 4. Aufl. Berlin, Leipzig 1925
Reichsgerichtsräte: Recht der Schuldverhältnisse II. 16. Auflage. Berlin, Leipzig 1928.
Staub: Kommentar zum HGB. Berlin, Leipzig 1926.
v. Staudinger: Recht der Schuldverhältnisse. II. Teil. 7./8. Aufl. München, Berlin 1912.
Treitschke: Die Lehre von der unbeschränkten obligatorischen Gewerbegesellschaft. Leipzig 1844.
Warneyer: Kommentar zum BGB. I. Bd. Tübingen 1923.

§ 1. Vorbemerkung.

Durch das Thema ist unserer Untersuchung nach zwei Seiten die Grenze gezogen. Zunächst kommt in Frage nur die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, d. h. also die Gesellschaft im Sinne der §§ 705 ff. BGB. Damit scheiden aus Gesellschaften der übrigen Reichsgesetzgebung, insbesondere die des Handelsrechts. Vielfach sich darbietende Aehnlichkeiten im Gesellschaftsrecht des HGB. mit dem des BGB. sollen aber insoweit in unsere Untersuchung mit eingezogen werden, als sie zur Erkenntnis unseres Problems beizutragen geeignet sind. Die Gegenüberstellung der Verschiedenheiten im Gesellschaftsrecht des HGB. und des BGB. wird zum besseren Verständnis oft wünschenswert erscheinen und insbesondere dartun, inwieweit der Gesetzgeber einzelne Bestimmungen für die Gesellschaft des Handelsrechts ausdrücklich hat regeln wollen, während er eine solche Regelung für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nicht für erforderlich hielt.

Der Gesellschaft ähnliche Rechtsgemeinschaften wie z. B. Vereine oder andere sich im BGB. findende Gemeinschaften wie z. B. die Erben- oder Ehegemeinschaften fallen nicht unter den Begriff Gesellschaft und scheiden aus unserer Untersuchung aus.

Weiter haben wir es zu tun mit dem Begriff und Wesen des Ausscheidens aus der Gesellschaft des BGB. Der Begriff „Ausscheiden" ist dabei im weitesten Sinne zu verstehen, und zwar fällt darunter sowohl das Ausscheiden im eigentlichen Sinne nach § 736 BGB. kraft Vertrages, wie auch das Ausscheiden durch Ausschluß nach § 737 BGB. Zu dieser Auffassung berechtigt uns die einheitliche Regelung der Rechtsfolgen in den §§ 738—740 BGB., die sich zweifelsohne sowohl an das Ausscheiden nach § 736 wie auch an den Ausschluß nach § 737 knüpfen. Daß die Rechtsfolgen des Ausscheidens dieselben sind wie beim Ausschluß, ist zwar nicht ausdrücklich im Gesetz gesagt, aber es würde eine große Lücke im Gesetz bedeuten, wenn man sich zu sehr an den Wortlaut der §§ 738 ff. halten wollte, wo nur immer von den Folgen des Ausscheidens die Rede ist, für den Fall des Ausscheidens durch Ausschluß aber nichts besonderes bestimmt ist. Logischerweise müßte der Ausschluß vollständig ohne jeglichen Rechtsfolgen von statten gehen; das widerspricht aber dem Begriff der Gesellschaft als Individualgemeinschaft und dem der Gesellschaft zu Grunde liegenden Gesamthandprinzip

(näheres später noch). Wenn in den §§ 738 ff. nur von den Folgen des Ausscheidens die Rede ist, so hat der Gesetzgeber lediglich einen einheitlichen Ausdruck zur Vereinfachung des Gesetzestextes einführen wollen. Dieselbe Terminologie befindet sich auch im HGB.

Da das Ausscheiden nicht ohne rechtliche Folgen denkbar ist, soll ferner eine Untersuchung über die in den §§ 738—740 getroffene Regelung der vorerwähnten Rechtsfolgen gegeben werden. Zudem sind beide Erscheinungen, das Ausscheiden wie die sich kraft Gesetzes anschließenden Rechtsfolgen, derart eng mit einander verbunden und von einander abhängig, daß nur eine einheitliche Betrachtung der Aufgabe gerecht wird. Die Rechtsfolgen sind eben nur ein Teil auf dem weiteren Gebiet des Ausscheidens aus einer Gesellschaft, und da wir das Ganze erkennen wollen, dürfen wir uns nicht nur mit einem Teilgebiet befassen. Selbstverständlich bildet das Ausscheiden als solches wieder nur einen Teil auf dem weiteren Gebiet des Gesellschaftsrechts des BGB. überhaupt, das hier aber nur soweit interessiert, als es sich um das Ausscheiden handelt.

Ueber das Wesen der Gesellschaft, ihre besondere Eigenart als bloße Individualgemeinschaft — ohne ein neues sozialrechtliches Gebilde darzustellen — kann nur, soweit es zur Erkentnis unseres Problems erforderlich ist, gesprochen werden.

Erster Teil:

Arten des Ausscheidens.

§ 2. Einleitung.

Die Gesellschaft des BGB. stellt zunächst unter den Gesellschaftern ein Vertragsverhältnis dar, das auf Austausch von Leistungen gerichtet ist, ähnlich wie jeder andere gegenseitige Vertrag. Der eine Teil übernimmt die Verpflichtung, den gemeinsamen Zweck in der durch den Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Weise zu fördern nur gegen die gleiche Verpflichtung des andern Teils [1]). Aus dieser Gegenseitigkeit der Verpflichtungen ergibt sich die Anwendbarkeit der §§ 320 ff. BGB. auf den Gesellschaftsvertrag; „denn aus der Gegenseitigkeit der eingegangenen Verpflichtungen wird die in den §§ 320 ff. näher bestimmte Abhängigkeit der Verpflichtung des einen Teils von der Verpflichtung des andern Teils gefolgert" [2]). Dieser Gesichtspunkt trifft auch für den Gesellschaftsvertrag zu. Dafür sprechen auch die Motive. An einer Stelle [3]) überlassen sie es der Wissenschaft und Praxis, inwieweit in Ansehung der den Gesellschaftern gegen-

1) Planck S. 1267.
2) Planck S. 1267 Anm. 4.
3) vgl. Mot. II S. 598, auch Cosack S. 22.

einander obliegenden Verpflichtungen der exceptio non adimpleti contractus stattzugeben sei, während an anderer Stelle [1]) die Anwendbarkeit der Vorschriften der §§ 320 ff. auf den Gesellschaftsvertrag vorausgesetzt wird. Jedoch wird man eine Einschränkung insofern machen müssen, als bei positiven Vertragsverletzungen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts nicht die Bestimmungen der §§ 325, 326, sondern die des § 723 als Spezialgesetz zur Anwendung kommen [2]). So ist insbesondere das Rücktrittsrecht aus den §§ 325, 326 durch § 723 ersetzt; denn eine Rücktrittsmöglichkeit ist nach Eingehung des Gesellschaftsvertrages in Wahrheit undenkbar. Davon könnte nur bei den Vorverhandlungen zum Gesellschaftsvertrage noch die Rede sein. Erfolgt aber tatsächlich von seiten eines Gesellschafters nach Eingehung des Gesellschaftsvertrages eine solche Rücktrittserklärung, so wird man, sofern nicht andere Umstände entgegenstehen, eine solche Erklärung verständigerweise dahin auslegen, daß eine Kündigung gemeint sei [3]). Auch in mancher anderer Beziehung unterscheidet sich der Gesellschaftsvertrag unstreitig von anderen Verträgen, die direkt auf Austausch von Leistungen gerichtet sind, wie z. B. Kauf, Miete, Werkvertrag u. s. f.; denn während hierbei die gegenseitigen Verpflichtungen verschiedene sind, besteht bei dem Gesellschaftsvertrag gerade eine Gleichartigkeit der gegenseitigen Verpflichtungen (vgl. § 705 BGB.). Während weiter bei den gewöhnlichen Verträgen eine gegenseitig bedingte Leistung im Vordergrunde steht, beruht bei dem Gesellschaftsvertrag das Hauptmoment auf der individuellen Seite. Von dieser Seite aus betrachtet stellt die Gesellschaft ein besonderes Rechtsverhältnis dar, das auf die Heraushebung der gemeinschaftlichen Sphäre aus der Individualsphäre der Gesellschafter abzielt [4]). Die Individualität der Gesellschafter ist hierbei von größter Bedeutung, insofern es auf gegenseitiges Vertrauen, persönliche Tüchtigkeit usw. ankommt [5]). Diesem besonderen Vertrauensverhältnis entspricht die Vorschrift des § 708 BGB. Die Grundsätze von Treu und Glauben sind weitestgehend zu berücksichtigen. So sagt Knoke [6]) hierzu, „daß die Teilnahme an einer anderen gleichartigen Gesellschaft oder die einseitige Verfolgung der gleichen Zwecke auch ohne eine besondere Vertragsvorschrift unzulässig ist, weil sie gegen Treu und Glauben verstoßen würde, unter deren Herrschaft das ganze Verhältnis nach § 242 BGB. steht". Ein besonderes personenrechtliches Band, das weder übertragbar noch vererblich ist (vgl. §§ 717, 727 BGB.), umschlingt die einzelnen Gesellschafter.

---

1) vgl. Mot. II S. 600.
2) so Staub S. 620; Warneyer S. 1161; RG. 81, 303.
3) so RG. 89, 398.
4) Gierke I S. 344.
5) so auch RGR-Kom. S. 360, Anm. 4; RG. 81, 235, RG. 52, 36.
6) S. 31.

Und dieses Personenband ist das wesentliche bei der Gesellschaft. So sieht auch Cosak[1]) hierin das Bedeutsame, indem er sagt, „da die Gesellschaft eigener Rechtspersönlichkeit darbt, ist sie nichts anderes als ein Personenverband“. Daraus folgert Dernburg[2]) folgerichtig, „da die Gesellschaft kein besonderes Rechtssubjekt ist, sondern bloß eine Verbindung der Personen der Gesellschafter, so wäre logisch zu folgern, daß sie eine Aenderung der Personen der Gesellschafter nicht vertrüge, also weder Austritt noch Eintritt von Gesellschaftern kenne, daß vielmehr in solchen Fällen zwar eine neue Gesellschaft möglich sei, die alte aber notwendig untergehe“. Nur solche Ansprüche, die nicht direkt auf dieses Personenband zurückzuführen sind, sind dementsprechend übertragbar, so z. B. Ansprüche aus dem Auseinandersetzungsguthaben, Ansprüche auf den Anteil am Gewinn[3]) u. s. f., während alle anderen Rechte der Gesellschafter, die der persönlichen Verbundenheit entspringen, die von Goldschmidt[4]) sogenannten „Mitverwaltungsrechte“, nicht übertragbar sind. Tatsächlich hat der Gesetzgeber auch die Gesellschaft als eine Gemeinschaft aufgefaßt, die in der Regel einen Wechsel ihrer Mitglieder nicht verträgt, sodaß bei bei Fortfall auch nur eines einzelnen Gesellschafters in logischer Würdigung des Wesens der Gesellschaft als einer individuell gebundenen Personenmehrheit die Beendigung der Rechtsgemeinschaft die notwendige Folge ist, d. h. die Gesellschaft erlischt. Insofern stellt die Mitgliedschaft in einer solchen Gesellschaft ein höchst persönliches Recht dar[5]). Das, was bei einem nicht rechtsfähigen Verein, auf den nach § 54 BGB. die Vorschriften des Gesellschaftsrechts Anwendung finden, als selbstverständliche Notwendigkeit gilt, daß er nämlich vom Wechsel seiner Mitglieder unabhängig ist, ist bei der Gesellschaft als Ausnahme anzusehen. Hierin allein sieht Ehrenberger[6]) den wichtigsten Unterschied zwischen nichtrechtsfähigem Verein und Gesellschaft. Als gesetzliche Regel ist also daran festzuhalten, daß beim Wechsel der Personen der Gesellschafter die Gesellschaft erlischt. Das hindert natürlich nicht, daß jetzt eine neue Gesellschaft ohne denjenigen, der die Gesellschaft zum Erlöschen gebracht hat, auf Grund eines neuen Gesellschaftsvertrages ins Leben gerufen wird. Eine etwa bereits im alten Gesellschaftsvertrag dahin getroffene Vereinbarung wird bei Auflösung der Gesellschaft unter den anderen Gesellschaftern obligatorisch wirksam, ähnlich wie ein suspensiv bedingtes Recht im Augenblick des Eintritts der Bedingung wirksam wird.

---

1) S. 3.
2) S. 672.
3) vgl. RG. 90, 19; RG. in JW. 1919, 933 Nr. 4.
4) bei Staub S. 622.
5) so auch Cosack S. 7; vgl. ferner RG. 52, 37.
6) a. a. O., ähnlich auch Gierke II, S. 11.

Um die Möglichkeit zu schaffen, daß trotz Ausscheidens eines Gesellschafters die übrigen Gesellschafter die alte Gesellschaft fortführen können, bedurfte es, wie aus dem Gesagten hervorgehen dürfte, der Vorschriften der §§ 736 ff. BGB. Dadurch gibt es der Gesetzgeber den Gesellschaftern in die Hand, von der gesetzlichen Regel Abweichendes ausdrücklich vereinbaren zu können. Tatsächlich entsprechen diese Vorschriften, wie die Motive [1]) hervorheben, oft vernünftigen Billigkeitserwägungen und praktischen Bedürfnissen. In vielen Fällen würde die aus der Person eines einzelnen Gesellschafters eintretende Auflösung der Gesellschaft und die Auseinandersetzung den Interessen der Beteiligten nicht entsprechen. Der Tod eines Gesellschafters erfolgt z. B. zu einem Zeitpunkt, wo die gesellschaftliche Unternehmung die beste Aussicht auf Erfolg hat. Jetzt müßte angesichts des Erfolges, dessen Erreichung vielleicht schon mit den größten Unkosten und Schwierigkeiten verbunden war, durch den in der Person eines einzigen Gesellschafters eintretenden Auflösungsgrund die Gesellschaft plötzlich kraft Gesetzes beendet werden. Alle Anstrengungen und Unkosten wären also vergebens aufgewandt. So erscheint es denn gerechtfertigt, daß die größere Zahl der Gesellschafter billige Berücksichtigung finde gegenüber dem einzelnen [2]).

Mit Rücksicht auf das Gesellschaftsrecht erscheinen diese Vorschriften der §§ 736 ff. aber, wie wir bereits sagten, als Ausnahmebestimmungen, die als solche auch einer strengeren Auslegung unterliegen und besonders bei analoger Rechtslage, wie sich später noch zeigen wird, einer eingehenden Prüfung über ihre Anpassungsfähigkeit bedürfen.

§ 3. **Das Ausscheiden infolge Vertrages.**

§ 736 BGB. bestimmt: „Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt oder stirbt oder wenn der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so scheidet bei dem Eintritt eines solchen Ereignisses der Gesellschafter, in dessen Person es eintritt, aus der Gesellschaft aus“. Durch diese Bestimmung wird der vorerwähnte Ausnahmezustand geschaffen von der gesetzlichen Regel, nach welcher die Kündigung, der Tod sowie die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft herbeiführen (vgl. §§ 723, 727, 728) und zwar derart, daß durch Vertrag vereinbart werden kann, die Gesellschaft solle für den Eintritt eines dieser drei Fälle, statt aufgelöst zu werden, unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen. Voraussetzung des Fort-

---

1) Mot. II S. 630.
2) Knoke S. 125.

bestandes der Gesellschaft ist demnach zunächst eine dahingehende besondere Vereinbarung im Gesellschaftsvertrage; also eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, daß trotz der Kündigung, des Todes oder des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen, und daß nur der betreffende Gesellschafter, der kündigt, stirbt oder in Konkurs gerät, aus der Gesellschaft ausscheiden solle, d. h. aufhört, Gesellschafter zu sein unter Vermeidung der im Normalfalle eintretenden Liquidation. Die alte Gesellschaft bleibt demnach in ihrem Bestande unberührt; die so fortgesetzte Gesellschaft führt ähnlich der fortgesetzten Gütergemeinschaft die alte Gesellschaft weiter fort.

Die erforderliche Vereinbarung des Fortbestandes der Gesellschaft muß zwischen allen Gesellschaftern, also einschließlich des später Ausscheidenden getroffen sein. Weiter muß die Vereinbarung vor Eintritt des Ereignisses getroffen sein, an welches § 736 die Möglichkeit des Ausscheidens knüpft [1]); denn würde die Bestimmung gemäß § 736 etwa getroffen, nachdem ein Gesellschafter gekündigt hat, gestorben oder der Konkurs über sein Vermögen eröffnet ist, so würde sie notwendig einen neuen Gesellschaftsvertrag darstellen [2]), selbst wenn die verbleibenden Gesellschafter diese Bestimmung als Fortsetzung des alten Gesellschaftsvertrages bezeichnen sollten; denn die alte Gesellschaft war bereits durch jene Ereignisse kraft Gesetzes (vgl. §§ 723, 727, 728) aufgelöst, und diese „von Rechtswegen eintretende Tatsache könnte nicht rechtlich als nicht geschehen aus der Welt geschafft werden, sondern nur materiell und obligatorisch in ihren Wirkungen unter den neuen Gesellschaftern durch entsprechende Bestimmungen des neuen Vertrages aufgehoben werden" [3]). Insofern ist hier der Ausdruck „Gesellschafter" auch ungenau, als sie ja tatsächlich zu diesem Zeitpunkt gar nicht mehr und noch nicht wieder Gesellschafter sind. Nach dem Ausscheiden ohne besondere Vereinbarung des Fortbestandes ist auch eine stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft nicht mehr möglich, wie es z. B. bei einer auf bestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft nach Ablauf dieser Zeit sehr wohl möglich ist (vgl. § 724 S. 2).

Die Vereinbarung des Fortbestandes muß entweder im Gesellschaftsvertrage selbst oder in einem Nachtrage oder ähnlicher Ergänzung des Gesellschaftsvertrages getroffen sein. Letzteres selbstverständlich wieder vor Eintritt eines der in § 736 genannten Ereignisse. Es ist also inbesondere nicht erforderlich, daß die Gesellschafter sich gleich bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages darüber klar werden, daß die Gesellschaft fortbestehen soll, falls etwa ein einzelner Gesellschafter

---

1) Staub S. 728 Anm. 1; Enneccerus S. 524 Anm. 1; Neumann S. 479 Anm. 1 zu § 736.

2) Staudinger S. 1419 Anm. I, 1 c; Warneyer S. 1171.

3) so Mot. II S. 630.

kein Interesse mehr an der Fortführung der Gesellschaft hat und deshalb ausscheiden möchte. Vielmehr kann tatsächlich noch kurz vor dem Ausscheiden der Fortbestand der Gesellschaft in Gemäßheit des § 736 vereinbart werden [1]).

Das Gesetz knüpft die Möglichkeit des Fortbestandes an die drei Ereignisse: Kündigung, Tod oder Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters. Es beschränkt durch die erschöpfende Aufzählung die Möglichkeit des Fortbestandes auf diese drei Ereignisse, andernfalls hätte der Gesetzgeber in einem Nachsatze oder anders sicher noch eine Ausdehnung der Bestimmung auf ähnliche Fälle gebracht. Obwohl, wie übereinstimmend anerkannt wird, im allgemeinen die Bestimmungen des Gesellschaftsrechts dispositiver Natur sind, haben wir es hier insofern mit zwingendem Recht zu tun, als das Gesetz ausdrücklich für die drei Voraussetzungen des § 736 einen Ausnahmezustand schafft, daß nämlich in diesen Fällen kraft besonderer Vereinbarung von der sonst notwendig eintretenden Auflösung der Gesellschaft abgesehen werden soll. Nur wo die Voraussetzungen dieses Paragraphen vorliegen, ist der Fortbestand der Gesellschaft möglich, weitergehende Vereinbarungen sind nichtig [2]). Im Einzelfall kann selbst der ganze Gesellschaftsvertrag nach § 139 BGB. nichtig sein; jedoch wird im allgemeinen wohl anzunehmen sein, daß der Gesellschaftsvertrag auch ohne diese nichtige Bestimmung geschlossen sein würde. Nach dem Vorhergehenden ist m. E. kein Platz mehr für die Möglichkeit des Fortbestandes der Gesellschaft auf Grund freier Vereinbarung, etwa derart, daß die Gesellschafter untereinander vereinbaren können, daß, wenn ein Mitgesellschafter ausscheiden will, ganz gleichgültig aus welchem Grunde, die übrigen Gesellschafter die alte Gesellschaft weiter fortführen sollen. Auffallend erscheint, daß Staudinger [3]), trotzdem er kurz vorher sagt, das Gesetz wolle offenbar die Rechtsregel des § 736 auf die ausgesprochenen drei Fälle beschränken, hier der Ansicht ist, daß dem Ausscheiden eines einzelnen Gesellschafters aus der Gesellschaft im allgemeinen durch eine freie Vereinbarung zwischen ihm und den anderen Gesellschaftern nichts im Wege stehe. Nach dem Wortlaut des Gesetzes spricht nichts für diese Ansicht. Mit Staub [4]) möchte ich aber eine Vereinbarung für wirksam halten, die allgemein auf „Fortsetzung der Gesellschaft trotz Ausscheidens eines Gesellschafters" lautet, sofern nur ersichtlich ist, daß diese Vereinbarung auf einen der drei in § 736 genannten Fälle abzielt; denn die Nichtigkeit dieser Vereinbarung könnte, wie wir unter § 2 unserer Darstellung darzutun suchten, zu den härtesten Konsequenzen führen. Durch verständige Auslegung einer solchen

---

1) so auch Staudinger S. 1419 Anm. 1.
2) Knocke S. 128.
3) siehe S. 1419 Anm. d, a.
4) S. 728.

Vereinbarung wird man auf Grund der §§ 133, 157 BGB. an der Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung nicht zweifeln können.

Mehr umstritten ist die Frage, ob der Fortbestand der Gesellschaft auch vereinbart werden kann für den Fall, daß ein Privatgläubiger eines Gesellschafters, der die Pfändung des Anteils dieses Gesellschafters erwirkt hat, von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht, (vgl. § 725 BGB.). So nimmt Staudinger [1]) an, daß, wenn ein Gläubiger kündigt, dieser in Wirklichkeit ja nur das Kündigungsrecht des gepfändeten Gesellschafters ausübe, und dementsprechend läßt er auch bei der Kündigung durch einen Privatgläubiger die Gesellschaft fortbestehen. Aehnlich läßt auch Knoke [2]) unbedenklich § 736 für den Fall der Kündigung durch einen Privatgläubiger zu [3]). Die Begründung dieser Ansichten damit, daß es den Gesellschaftern gleichgültig sein könne, ob ein Mitgesellschafter oder ein Gläubiger kündige, daß es ferner auch dem Gläubiger gleichgültig sein könne, ob die Gesellschaft fortbestehe oder nicht, da er ja nur ein Interesse daran habe, den Anteil seines Schuldners ausgezahlt zu bekommen, hält meines Erachtens nicht stand. Ersteren Standpunkt, daß es den Gesellschaftern gleichgültig sein könne, von wem aus die Kündigung erfolgt, kann man nur vertreten, wenn man einseitig die Interessen der nach dem Ausscheiden zurückbleibenden Gesellschafter berücksichtigt und die Interessen des Gesellschafters, der nach der Kündigung ausscheiden müßte, überhaupt nicht beachtet; denn der dann Ausscheidende würde des Anspruchs auf die Liquidation verlustig werden, die ihm in der Regel mehr Rechte gewährleistet als die Ansprüche, die sich an das Ausscheiden anknüpfen. Daß es aber dem kündigenden Gläubiger nicht gleichgültig sein kann, ob die Gesellschaft fortbesteht oder nicht, wird klar, wenn der Gesellschafter, der infolge der Kündigung aus der im übrigen fortbestehenden Gesellschaft ausscheiden müßte, vertragsmäßig wenig oder gar nichts aus dem Gesellschaftsvermögen nach seinem Ausscheiden bekommen soll. Der kündigende Gläubiger hätte dann das Nachsehen, und sein gesetzliches Kündigungsrecht, das ihm gerade erst zur Verwirklichung seines Anspruchs auf den Anteil des Gesellschafters gegeben ist, wäre illusorisch. Infolgedessen wird der kündigende Gläubiger das denkbar größte Interesse daran haben, daß die Gesellschaft aufgelöst wird, da er dann ja im Wege der Liquidation auf jeden Fall befriedigt wird. Unbefriedigend scheint mir auch die von Staudinger vertretene Ansicht, der kündigende Gläubiger übe in Wirklichkeit nur das Kündigungsrecht des Gesellschafters aus. Man müßte dann schon eine stillschweigende Vertretung durch den kündigenden Gläubiger annehmen. Aber in den

1) S. 1419 Anm. I. 1 d β.
2) S. 127.
3) weiter noch Staub S. 729 Anm. 5; Planck S. 1316; Dernburg S. 672 § 362 II.

meisten Fällen wird der Gesellschafter wahrscheinlich gar nicht daran denken, durch den Gläubiger sein Kündigungsrecht ausnutzen zu lassen. Er wird vielmehr ein größeres Interesse daran haben, daß er Gesellschafter bleibt, und die Kündigung wird ihm meistens nur höchst ungelegen kommen. M. E. spricht nichts dafür, ein derartiges höchst persönliches Recht, wie es das hier in Frage stehende Kündigungsrecht als Ausfluß der auf dem Gesellschaftsvertrag beruhenden unübertragbaren Gesellschaftsrechte ist, ohne weiteres auf einen Dritten übergehen zu lassen. Es mag sein, daß Zweckmäßigkeitserwägungen den Fortbestand der Gesellschaft bei Kündigung durch einen Privatgläubiger eines Gesellschafters wünschenswert erscheinen lassen, aber diese Erwägungen müssen zurücktreten vor der gesetzlichen Tatsache, daß die Gesellschaft durch die Kündigung bereits zum Erlöschen gebracht ist. Daß die Gesellschaft tatsächlich durch die Kündigung aufgelöst wird, geht aus § 729 hervor. Deshalb läßt sich die früher von Planck vertretene Ansicht nicht rechtfertigen, daß nämlich die Gesellschafter nach der bereits erfolgten Kündigung durch den Privatgläubiger die Existenz der Gesellschaft dadurch noch sollen retten können, daß sie den Gläubiger in Gemäßheit des § 268 BGB. befriedigen. Haben die Gesellschafter den Gläubiger so befriedigt, dann soll die Gesellschaft nach § 736 fortbestehen, und nur der durch die Kündigung betroffene Gesellschafter solle dann ausscheiden. Selbst wenn man annimmt, daß § 268 auf diesen Fall überhaupt Anwendung finden könnte, so kann aber von einem Befriedigungsrecht der Gesellschafter nach erfolgter Kündigung zur Erhaltung der Gesellschaft überhaupt nicht mehr die Rede sein und wäre auch sinnlos, da die Gesellschaft durch die Kündigung bereits zum Erlöschen gebracht ist und den Gesellschaftern daher jede Möglichkeit genommen ist, diese Gesellschaft durch Befriedigung des Gläubigers in ihrer Existenz erhalten zu können. Aehnlich wie hier argumentiert auch Warneyer[1]), indem er sagt, „die übrigrn Gesellschafter können die Auflösung nach § 268 BGB. verhindern, aber nur so lange wie die Gesellschaft nicht bereits durch die Kündigung des Privatgläubigers aufgelöst ist", d. h. also, solange der Gläubiger nicht tatsächlich bereits gekündigt hat, oder aber solange die bereits erfolgte Kündigung noch nicht allen Gesellschaftern zugegangen ist. Nimmt man entgegen unserer Ansicht die Möglichkeit des Befriedigungsrechtes aus § 268 an, so würde es aber im Einzelfall völlig im Belieben der Gesellschafter stehen, ob sie den Privatgläubiger ihres Mitgesellschafters befriedigen oder nicht. Wäre z. B. das Verbleiben des Gesellschafters, der durch die Kündigung ausscheiden müßte, für die Gesellschaft von Bedeutung, und könnte die Gesellschaft ohne die Mitwirkung dieses Gesellschafters nicht fortgesetzt werden, so wäre natürlich eine Be-

---

1) S. 1163.

friedigung des kündigenden Privatgläubigers sinnlos. Die Gesellschafter würden dann zweckmäßig die alte Gesellschaft zur Auflösung gelangen lassen, um dann eben mit dem gekündigten Gesellschafter eine neue Gesellschaft ins Leben zu rufen.

Für meine hier vertretene Ansicht spricht noch die bereits erwähnte Ausnahmestellung des § 736 im Gesellschaftsrecht, der nur begrenzter Analogie fähig ist. Es gilt hier dasselbe, was wir bereits oben [1]) über die Unmöglichkeit des Fortbestandes der Gesellschaft kraft freier Vereinbarung sagten. Nicht unbeachtlich ist schließlich noch, daß sich im HGB. § 141 ausdrücklich eine Vorschrift findet, wonach es möglich ist, daß bei einer offenen Handelsgesellschaft nach bereits geschehener Aufkündigung die übrigbleibenden Gesellschafter ohne Zustimmung des Gesellschafters, dessen Anteil gepfändet ist, die Fortsetzung der Gesellschaft unter sich vereinbaren können. Dieses ist eine den besonderen Bedürfnissen des Handelsverkehrs Rechnung tragende Eigentümlichkeit, die nicht auf die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ausgedehnt werden kann, da bei dieser die Verhältnisse wesentlich einfachere sind. Hätte der Gesetzgeber auch für das bürgerliche Recht eine solche Vorschrift für notwendig gehalten, so hätte er sie sicher auch geschaffen. Ein Vergessen des Gesetzgebers können wir angesichts des § 141 HGB. wohl kaum annehmen.

Der Zeitpunkt des Ausscheidens ist derjenige, in welchem ohne die Vereinbarung die Gesellschaft durch das betreffende Ereignis aufgelöst sein würde. Derjenige Gesellschafter, in dessen Person eines der in § 736 genannten Ereignisse eintritt, hört bei Eintritt eines dieser Ereignisse auf, Gesellschafter zu sein. Bei den einzelnen Ereignissen ist dieser Zeitpunkt des Ausscheidens verschieden. Bei dem Tode und bei Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters tritt mit diesem Zeitpunkt automatisch eine Lösung dieses Gesellschafters von dem Gesellschaftsvertrage ein; dabei ist es gleichgültig, ob die verbleibenden Gesellschafter von diesen Ereignissen und damit zugleich von dem Ausscheiden wissen oder nicht. Scheidet ein Gesellschafter infolge Konkurses aus, so fallen alle Ansprüche, die ihm nach seinem Ausscheiden der fortgesetzten Gesellschaft gegenüber zustehen, also insbesondere die Ansprüche auf Auszahlung der Abfindungssumme und solche aus den sogenannten schwebenden Geschäften, in die Konkursmasse; denn diese Ansprüche gehören zur Zeit der Konkurseröffnung zu dem Vermögen des Gesellschafters. Bei dem Anspruch auf Ausantwortung der zum bloßen Gebrauch der Gesellschaft überlassenen Gegenstände gehört nicht nur dieser Anspruch zur Konkursmasse, sondern bereits die Gegenstände selbst und zwar auch schon vor ihrer Rückgabe; denn sie haben ja immer im Eigentum des Gesellschafters gestanden, und es besteht kein Anspruch auf Uebertragung

1) vgl. oben S. 11.

von Eigentum, sondern nur ein dem Gesellschaftsverhältnis entspringender obligatorischer Anspruch auf Zurückgabe. Dementsprechend gehörten diese Gegenstände zur Zeit der Eröffnung des Konkurses zu dem Vermögen des ausscheidenden Gesellschafters. Beim Ausscheiden infolge des Todes fallen die Ansprüche gegen die Gesellschaft, soweit sie nach dem Ausscheiden neu entstehen und übertragbar sind, in die Erbschaft.

Da die Kündigung eine empfangsbedürftige Willenserklärung des Ausscheidenden ist, wird sie nicht eher wirksam, bevor sie nicht allen Gesellschaftern zugegangen ist (vgl. §§ 130 ff. BGB.), und solange ist der Ausscheidende auch noch Gesellschafter. Durch diese Kündigung kündigt der Ausscheidende in Wahrheit nicht die Gesellschaft, sondern vielmehr seine eigene Mitgliedschaft, und damit scheidet er freiwillig aus der Gesellschaft aus [1]), während bei den andern beiden Ereignissen das Ausscheiden nur unfreiwillig erfolgt. Es genügt nicht, daß die Kündigung nur den Geschäftsführenden zugeht; denn man kann nicht sagen, daß auch die Empfangnahme der Kündigung zur Geschäftsführung gehört, die es mit den Angelegenheiten der verbundenen Gesellschafter zu tun hat [2]), während es sich hier in erster Linie um die Interessen eines einzelnen, nämlich des Ausscheidenden handelt. Eine an die Gesellschaft als solche gerichtete Kündigung ist an sich zwar wirkungslos, gelangt sie aber rechtzeitig zur Kenntnis aller Gesellschafter, so ist auch dieser formalistische Mangel geheilt. Solange die Kündigung auch nur einem Gesellschafter noch nicht zugegangen ist, ist sie noch nicht wirksam geworden, der Ausscheidende also noch Gesellschafter.

Soweit der Gesellschaftsvertrag nichts besonderes darüber vorschreibt, ist die Kündigung in jeder Form und Frist zulässig. Insbesondere ist, wenn etwa Grundstücke zum Gesellschaftsvermögen gehören, nicht die Form des § 313 BGB. erforderlich. Ob die Kündigung den anderen Gesellschaftern gelegen kommt oder nicht, ob sie der Gesellschaft zum Nutzen oder Schaden gereicht, ist gleichgültig; sie kann selbst zur Unzeit und gegen den Willen der andern Gesellschafter erfolgen. Gegen unlautere Absichten des kündigenden Gesellschafters werden die verbleibenden Gesellschafter genügend durch die Vorschriften über unerlaubte Handlungen geschützt. Es ist also sehr wohl denkbar, daß sich der Ausscheidende durch seine Kündigung den übrigen Gesellschaftern gegenüber unter den allgemeinen Voraussetzungen schadensersatzpflichtig machen kann.

Von der Kündigung zu unterscheiden ist die Geltendmachung eines Anfechtungsgrundes aus den allgemeinen Grundsätzen der §§ 119 ff. BGB., indem der anfechtende Gesellschafter etwa dartut,

---

1) Cosack S. 48.

2) Staudinger S. 1400 Anm. I b; Planck S. 1303; Knoke S. 107; RG-Kom. S. 386 Anm. 2 zu § 723; Recht 1908 Nr. 3781.

daß er zur Eingehung des Gesellschaftsvertrages durch arglistige Täuschung veranlaßt worden sei und infolgedessen nunmehr den Gesellschaftsvertrag anfechte[1]). Die Rechtswirkungen der Anfechtung und des Ausscheidens sind grundverschiedene. So kann der anfechtende Gesellschafter z. B. seine Beiträge und Einlagen nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern, während ihm im Falle des Ausscheidens so weitgehende Ansprüche nicht zustehen. Der Unterschied ist daher beachtlich.

Weitere Voraussetzung für den Fortbestand der Gesellschaft ist, daß nach dem Ausscheiden mindestens zwei Gesellschafter zurückbleiben. Das ergibt sich schon zwangsläufig aus dem Begriff der Gesellschaft als einer Gemeinschaft, die immer nur aus mehreren Personen bestehen kann. Für eine Gesellschaft von nur zwei Gesellschaftern ist eben die Möglichkeit einer Vereinbarung gemäß § 736 zweifellos nicht gegeben[2]). Eine Bestimmung, wie sie sich in § 142 HGB. findet, durch die das Recht eines Gesellschafters auf Uebernahme des Geschäfts mit allen Aktiven und Passiven ohne Liquidation begründet wird, ist dem Gesellschaftsrecht des BGB. fremd und hier auch nicht notwendig.

Ist endlich nach Analogie zu § 736 Neueintritt in eine bestehende Gesellschaft, ohne deren Charakter als Gesellschaft zu zerstören, möglich? Angesichts des § 736 liegt die Annahme sehr nahe, daß auch die Aufnahme neuer Mitglieder die Existenz der Gesellschaft nicht berühre. Tatsächlich hält die herrschende Lehre den Neueintritt für möglich[3]), und zwar wird das allgemein wie folgt begründet: „Bei Neueintritt müssen die Gesellschafter mit dem Eintretenden einen Gesellschaftsvertrag unter Bezugnahme auf den früheren Vertrag abschließen. Das um die alten Gesellschafter geschlungene Band erstreckt sich nunmehr auch auf den neuen Gesellschafter. Die alten Gesellschafter, die bisher die Trägerschaft des Rechts waren, beschließen, den neuen Gesellschafter an dieser Trägerschaft teilnehmen und sich durch ihn beschränken zu lassen". Der Neueintritt in eine Gesellschaft steht zunächst mit dem Wesen der Gesellschaft in Widerspruch, daß nämlich die Gesellschaft gerade auf der Individualität der Gesellschafter beruht[4]). Die Gesellschaft ist ihrer Natur nach auf dem persönlichen Vertrauen der sie bildenden Personen aufgebaut, und eine Uebertragung dieser Verhältnisse auf Außenstehende erscheint daher grund-

---

1) worauf Staub besonders hinweist.

2) so auch Staub S. 728 Anm. 2; Staudinger S. 1419 Anm. 1 a; Planck S. 1316; Cosack S. 46; Neumann S. 479 RGR-Kom. S. 396 Anm. 2 zu § 736; Knoke S. 127.

3) so insb. Planck S. 1318 in seiner 1. Auflage gegen Neueintritt; RGR-Kom. S. 396 Anm. 1; Cosack S. 27; Enneccerus S. 525; Staudinger S. 1420 Anm. 2; Kaufmann S. 81 ff.; Staudinger a. a. O. RG. 92, 166.

4) so auch gegen Neueintritt Knoke S. 131 Anm. 24; ferner Gierke I S. 480 und II S. 18 f.

sätzlich als unzulässig. Selbstverständlich steht dem aber nichts im Wege, daß die durch dieses persönliche Vertrauen verbundenen Personen einstimmig beschließen, auch einen Dritten in ihr Vertrauensverhältnis aufzunehmen. Es wäre daher also wohl denkbar, daß ein Dritter auf diesem Wege in eine bestehende Gesellschaft als neuer Gesellschafter aufgenommen werden könnte. Die Unzulässigkeit des Neueintritts folgt daher unmittelbar nicht hieraus, sondern vielmehr aus dem Gesellschaftsvertrage selbst als einem obligatorischen Vertrag. Will ein Dritter in eine bestehende Gesellschaft eintreten, so ist immer ein neuer Vertrag erforderlich; also ein Vertrag mit den Gesellschaftern einerseits und dem Dritten anderseits als Vertragsparteien. Die Identität der an dem alten Gesellschaftsvertrag beteiligten Vertragsparteien geht dadurch verloren, und damit wird auch der alte Gesellschaftsvertrag beendet, wenngleich Zweck und Ziel des neuen Vertrages dieselben bleiben mögen. Endet aber der alte Gesellschaftsvertrag, so wird damit auch, da die Gesellschaft des BGB. sich lediglich in einem Vertragsverhältnis erschöpft, der Bestand der alten Gesellschaft beendet. Hieraus ergibt sich dann die Unmöglichkeit des Neueintritts in eine Gesellschaft. Freilich wird es den an dem neuen Vertrage Beteiligten in den wenigsten Fällen zu Bewußtsein kommen, daß sie durch die sogenannte Neuaufnahme in Wahrheit eine neue Gesellschaft gegründet haben. Nicht aber bereitet, wie auch schon angenommen wurde, das Vorhandensein von Sondervermögen der Gesellschafter irgendwelche Schwierigkeiten, insofern nämlich die Unzulässigkeit des Neueintritts gefolgert wird aus der dinglichen Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens (näheres darüber später noch).

Wenngleich die Möglichkeit des Neueintritts unter Fortbestand der alten Gesellschaft praktisch oft erforderlich und wünschenswert erscheinen will, so ist sie doch, wie ich darzutun versuchte, meines Erachtens streng rechtlich nicht möglich, da, wie wir sahen, immer ein neuer Gesellschaftsvertrag geschlossen wird. Wenn das Ausscheiden durch § 736 ermöglicht wird, so ist das, wie immer wieder zu sagen ist, eine Ausnahme von dem Prinzip der Personenverbundenheit, die nicht beliebig auf analoge Fälle ausgedehnt werden kann.

So sagt auch Neumann [1]), der Eintritt eines Dritten erfordert begrifflich einen neuen Gesellschaftsvertrag unter allen Gesellschaftern. Aehnlich verlangt Fischer-Henle [2]) das Erfordernis eines neuen Gesellschaftsvertrages. Um den Eintritt eines Dritten in eine Gesellschaft zu ermöglichen, hätte es einer besonderen Vorschrift wie der des § 736 bedurft, und mangels ausdrücklicher Bestimmung ist er eben nicht möglich. Auffallend erscheint auch, daß § 130 HGB. eine

---

1) S. 471.
2) vgl. S. 544 Anm. 8.

besondere Vorschrift bringt, die den Eintritt in eine offene Handelsgesellschaft für statthaft erklärt. Wenn das Gesetz hier den Neueintritt besonders erwähnt und für zulässig erachtet, so hätte das auch im BGB. geschehen müssen, wenn der Gesetzgeber den Neueintritt auch für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts hätte zulassen wollen. Die Vorschrift des § 130 HGB. stellt eine Eigentümlichkeit des Handelsrechts dar, die seinen besonderen Bedürfnissen Rechnung trägt und daher nicht auf das bürgerliche Recht ausgedehnt werden darf. Hätte der Gesetzgeber den Neueintritt auch in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts für statthaft gehalten, so hätte er nicht einmal ausdrücklich die Zulässigkeit des Neueintritts zu erklären brauchen. Es hätte auch schon in § 736 ein ähnlicher Zusatz, wie er sich zum Beispiel in § 727 Abs. 2 befindet, genügt, etwa dahin gehend, daß für den Fall des Todes vereinbart werden könne, daß die Erben des Gesellschafters an dessen Stelle in den Gesellschaftsvertrag eintreten könnten. M. E. hätte das doch sehr nahe liegen können, daß das Gesetz, wenn es den Neueintritt für statthaft gehalten hätte, wenigstens für den Fall des Ausscheidens durch den Tod eines Gesellschafters den Erben des Ausgeschiedenen die Möglichkeit schuf, an die Stelle des Ausgeschiedenen zu treten. Wenn Staudinger[1]) der Ansicht ist, es könne tatsächlich vereinbart werden, daß die Gesellschaft mit den Erben des Gesellschafters fortgesetzt werden solle und insbesondere annimmt, der Erbe trete von Rechtswegen ohne neuen Gesellschaftsvertrag vollständig an die Stelle des Erblassers, so ist das nicht richtig; denn erblich ist nicht die Eigenschaft als Gesellschafter, sondern nur die Rechte und Pflichten des Erblassers aus dem Gesellschaftsverhältnis, aber auch nur soweit, als sie überhaupt übertragbar sind. So kann auch nicht durch eine besondere Abmachung die dem Erblasser nach § 710 übertragen gewesene Geschäftsführungsbefugnis auf den Erben übergehen, wie Staudinger a. a. O. annimmt. Erblich wären z. B. nur Ansprüche auf das Auseinandersetzungsguthaben oder die Pflicht, ein sich etwa zu Ungunsten des Erblassers ergebendes Passivsaldo zu berichtigen. Gerade dadurch, daß bei der Gesellschaft ein Wechsel der sie bildenden Personen in der Regel ausgeschlossen ist, unterscheidet sie sich am meisten von einem Verein, der vom Bestande seiner Mitglieder notwendig unabhängig ist.

Der Neueintritt in eine bestehende Gesellschaft würde zunächst nur ein personenrechtlicher Vorgang sein. In konsequenter Durchführung des der Gesellschaft zu Grunde liegenden Gesamthandprinzips müßte man dann bei diesem Vorgang auch „Abwachsung" als Gegenstück zu der Anwachsung nach § 738 Abs. 1 S. 1 annehmen. Auffallend erscheint, daß Planck in den ersten beiden Auflagen seines

---

1) S. 1408 Anm. 2 a α

Kommentars, obwohl er auch da schon den Neueintritt für statthaft erklärt, eine solche Abwachsung nicht anerkannte. Er vertrat vielmehr den Standpunkt, daß lediglich obligatorische Beziehungen zwischen den alten und dem neuen Gesellschafter die Grundlage dieses Verhältnisses bilden. Danach wären also die alten Gesellschafter bloß schuldrechtlich verpflichtet, dem neuen Gesellschafter den zu erwerbenden Anteil am Gesellschaftsvermögen zu übertragen. Wie wir weiter unten zeigen werden, ist eine solche schuldrechtliche Verpflichtung unvereinbar mit dem Prinzip der Gesamthandberechtigung. Den hier vertretenen Standpunkt bezüglich der Abwachsung vertritt auch Staudinger[1]). Auch Planck[2]) erkennt heute an, daß dem Neueintretenden ipso iure ein Anteil am Gesellschaftsvermögen zuwächst.

§ 4. Das Ausscheiden durch Ausschluß.

Die rechtliche Möglichkeit, daß ein Gesellschafter durch Beschluß der übrigen Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann, gibt § 737 BGB. Er lautet „Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so kann ein Gesellschafter, in dessen Person ein die übrigen Gesellschafter nach § 723 Abs. 1 S. 2 zur Kündigung berechtigender Umstand eintritt, aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Das Ausschließungsrecht steht den übrigen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu. Die Ausschließung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem auszuschließenden Gesellschafter". Wie die Worte „ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, ..." andeuten, ist der Fortbestand der Gesellschaft hier ebenso wie im Falle des § 736 auf den Vertragswillen der Gesellschafter zurückzuführen. Es muß also im Gesellschaftsvertrage eine besondere Vereinbarung dahin getroffen worden sein, daß die Kündigung des einzelnen Gesellschafters nicht die Auflösung der Gesellschaft herbeiführen, sondern die Gesellschaft trotz der Kündigung fortbestehen solle. § 737 regelt den umgekehrten Fall des § 736 unter dem Gesichtspunkt „was dem einen recht, ist dem andern billig". Das dem einzelnen Gesellschafter den andern Gesellschaftern gegenüber zustehende Kündigungsrecht soll umgekehrt auch den Gesellschaftern gegenüber dem einzelnen zustehen. Unter dieser Billigkeitserwägung ist der Ausschluß nach § 737 auch nur dann möglich, wenn im Gesellschaftsvertrag für den Fall der K ü n d i g u n g eines Gesellschafters der Fortbestand der Gesellschafter vereinbart ist. Eine Ausdehnung des Ausschließungsrechts auf die beiden andern in

---

1) S. 1420 Anm. 2, 1 a.
2) 4. Auflage S. 1318, vgl. auch bereits die 3. Auflage.

§ 736 genannten Ereignisse, nämlich Tod und Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters erscheint daher als unstatthaft und auch überflüssig; denn das Ausscheiden in diesen Fällen ist nur ein unfreiwilliges, während § 737 doch gerade den Fall im Auge hat, wo das Ausscheiden auf Grund freier Willensbetätigung erfolgt, und entsprechend diesem Recht des einzelnen will gerade § 737 das gleiche Recht für die übrigen Gesellschafter schaffen.

§ 737 stellt anders wie § 736 hinsichtlich der weiteren Voraussetzungen des Ausschlusses einen allgemeineren Gesichtspunkt auf. Eintreten muß „ein nach § 723 Abs. 1 S. 2 zur Kündigung berechtigender Umstand"; d. h. „ein wichtiger Grund", der die Kündigung rechtfertigt. Was unter dem Begriff „wichtiger Grund" zu verstehen ist, können wir dem nächsten Halbsatz a. a. O. entnehmen. Danach ist ein solcher Grund insbesondere vorhanden, wenn ein Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt, oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird. Gemeint ist damit die Verletzung irgendeiner gesellschaftlichen Verpflichtung; d. h. nicht bloß, wie man nach dem Wortlaut des Gesetzes annehmen könnten, die Verletzung des Gesellschaftsvertrages, also Verletzung der über das Verhältnis besonders getroffenen Vereinbarungen, sondern es genügt zur Ausschließung auch die Verletzung einer dem Gesellschafter kraft Gesetzes obliegenden Verpflichtung. Was ist concreto unter „wesentlicher" Verpflichtung zu verstehen ist, ist Tatfrage. So sind insbesondere die für den Einzelfall bedeutsamen näheren Umstände, wie Zeit oder Ort der Verletzung zu berücksichtigen. So wird z. B. die Ausschließung gerechtfertigt sein bei Nichteinlegen von versprochenen Einlagen, eigenmächtigem Abschluß von Geschäften, die außerhalb des Rahmens der Gesellschaft liegen, grobem Mißbrauch des Gesellschaftsvermögens. Ferner können als Ausschließungsgründe in Betracht kommen Unredlichkeit bei der Geschäftsführung und Rechnungslegung, anhaltende Krankheit u. s. f. Die in § 723 hervorgehobenen Umstände sind wie die hier erwähnten keineswegs erschöpfend angeführt.

Es ist zu fragen, ob zum Ausschluß immer ein wichtiger Grund vorliegen muß, oder ob es auch möglich ist, daß ein Gesellschafter auf Grund des freien Ermessens der übrigen Gesellschafter aus der Gemeinschaft ausgeschlossen werden kann. Der einzige Umstand, der für diese Möglichkeit sprechen könnte, ist m. E. der, daß die Vorschriften des Gesellschaftsrechts dispositiver Natur sind. Auf dieses Argument allein stützt denn auch Leist[1]) die Möglichkeit des Ausschlusses auf Grund freien Ermessens, hält aber einen derart erfolgten Ausschluß, da im allgemeinen gegen die guten Sitten

1) I. S. 127/28.

verstoßend, für nichtig. So wollen auch Staub[1]) und Enneccerus[2]) das freie Ermessen begrenzen durch die allgemeinen Verbotsgesetze und die guten Sitten. So sagt Enneccerus a. a. O. „die Ausschließung mit gleichen Wirkungen ist auch ohne die im Texte angegebenen Voraussetzungen für möglich zu halten, wenn der Gesellschaftsvertrag sie für zulässig erachtet (richterliche Nachprüfung bei offenbarer Unbilligkeit). M. E. braucht man nicht erst auf diesen Umwegen zu der Unzulässigkeit des Ausschlusses eines Gesellschafters auf Grund des freien Ermessens der übrigen Gesellschafter zu kommen, vielmehr ergibt sich dieses bereits aus dem Gesetz. Beachtlich für diese Ansicht sind die Vorschriften des § 723 Abs. 1 S. 1 und S. 2. Satz 1 a. a. O. läßt die Kündigung auch ohne Vorhandensein eines wichtigen Grundes zu für eine Gesellschaft, deren Zeitdauer nicht bestimmt ist, während in Satz 2 bei einer Gesellschaft von bestimmter Zeitdauer die Kündigung zugelassen ist ausdrücklich nur, wenn ein wichtiger Grund die Kündigung rechtfertigt. Da nun in § 737 nur auf § 723 S. 2 verwiesen ist, auf Satz 1 überhaupt nicht Bezug genommen wird, ist anzunehmen, daß das Gesetz durch die ausdrückliche Verweisung auf Satz 2 dadurch auch ausdrücklich das hier zur Kündigung verlangte Erfordernis, nämlich das Vorhandensein eines wichtigen Grundes zur Voraussetzung der Ausschließung aus der Gesellschaft machen will. Hätte der Gesetzgeber den Ausschluß auch ohne wichtigen Grund, also auf Grund des freien Ermessens der übrigen Gesellschafter für statthaft gehalten, so hätte es m. E. eines Verweises auch auf Satz 1 bedurft. Mangels eines solchen Verweises muß daher ein Ausschluß ohne die ihn rechtfertigende Voraussetzung als gesetzwidrig und unzulässig erscheinen[3]). In rechter Würdigung der Vorschrift des § 737 muß man zu Ansicht kommen; denn § 737 beruht auf der Erwägung, daß sich die Gesellschafter von dem Mitgesellschafter sollen befreien können, durch den der Zweck der Gesellschaft gefährdet oder vereitelt werden könnte. Solchenfalls gibt der gefährdende oder vereitelnde Gesellschafter seinen Mitgesellschaftern den nötigen Grund zur Ausschließung. Eine nicht gerechtfertigte Ausschließung ist wirkungslos, und der Ausgeschlossene bleibt Gesellschafter[4]). Mit Rücksicht auf Treu und Glauben hat der Ausgeschlossene einen Anspruch darauf, daß er vor seinem Ausschluß gehört und ihm der Grund des Ausschlusses bekannt gegeben werde[5]).

Daraus, daß § 723 Abs. 1 S. 2 eine Gesellschaft von bestimmter Zeitdauer fordert, folgt aber nicht, daß der Ausschluß nach § 737

1) S. 742; vgl. auch RG in Recht 1924 Nr. 661.
2) S. 524 Anm. 3.
3) so auch Staudinger S. 1422 Anm. 2 c; Cosack S. 48 und Knoke S. 127.
4) Staudinger S. 1402 Anm. b.
5) Warneyer S. 1172; Enneccerus S. 524 Anm. 2.

auch nur möglich ist bei einer Gesellschaft von bestimmter Zeitdauer[1]; es bedarf zur Begründung dieser Ansicht nicht der Analogie zu § 723 Abs. 1 S. 1. Für bestimmte Zeitdauer eingegangen ist eine Gesellschaft, wenn entweder ihre Dauer kalendermäßig bestimmt ist oder sich aus dem Zweck und Ziel der Gesellschaft ergibt. § 737 macht keinen Unterschied zwischen Gesellschaften von bestimmter und solchen von unbestimmter Zeitdauer. Er verlangt zur Ausschließung nur, daß in der Person des Auszuschließenden ein zur Kündigung berechtigender Umstand eintritt. Auf § 723 Abs. 1 S. 1, der Kündigung ohne wichtigen Grund jederzeit zuläßt, nimmt § 737 nicht Bezug. Offenbar ist in § 737 das Hauptgewicht allein auf das Erfordernis des zur Kündigung berechtigten Umstandes zu legen, wobei es im übrigen gleichgültig ist, ob die Dauer der Gesellschaft von vornherein bestimmt oder bestimmbar ist oder nicht. Man muß annehmen, daß auch bei einer Gesellschaft, deren Zeitdauer von vornherein fest umgrenzt ist, die Ausschließung nach § 737 möglich ist, sofern nur ein wichtiger Grund i. S. des § 723 Abs. 1 S. 2 diese Maßnahme rechtfertigt[2]. Dafür muß man sich auch entscheiden, wenn man die Entstehungsgeschichte des § 737 berücksichtigt[3]. In der zweiten Lesung wurde folgender Antrag angenommen: „Ist für den Fall der Kündigung eines Gesellschafters vereinbart, daß die Gesellschaft unter den übrigen fortbestehen solle, so können, wenn in der Person eines Gesellschafters ein Umstand eintritt, welcher nach § 648 Abs. 2 bei einer Gesellschaft mit bestimmter Zeitdauer die übrigen Gesellschafter zur Kündigung berechtigt, die übrigen Gesellschafter das Ausscheiden desselben dadurch bewirken, daß sie ihn ausschließen". § 648 Abs. 2 lautete: „Eine Gesellschaft, deren Zeitdauer bestimmt ist, kann vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit nur dann gekündigt werden, wenn ein wichtiger, nach den Umständen des Falles die Kündigung rechtfertigender Grund vorliegt. Ein solcher Grund ist als vorliegend insbesondere anzunehmen, wenn ein anderer Gesellschafter eine nach dem Gesellschaftsvertrage ihm obliegende wesentliche Verpflichtung aus Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit verletzt hat, oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich geworden ist". Die Annahme dieses Antrages erfolgte in bewußter Anschließung an den Vorgang des Art. 128 des alten HGB. Dieser Artikel bestimmte in Verbindung mit Art. 125, daß sowohl bei einer offenen Handelsgesellschaft, die für bestimmte Zeit eingegangen war, wie auch bei einer o. HG. von unbestimmter Zeitdauer die Ausschließung wegen eines in der Person eines Gesellschafters liegenden Grundes möglich sei. Abschließend können wir nunmehr sagen, daß bei der Ausschließung nach § 737 die Zeitdauer der Gesellschaft offen-

---

1) so auch Staudinger S. 1423 Anm. 5; RGR.-Kom. S. 397 Anm. 3 zu § 737.
2) Leist S. 125 ff.
3) Leist S. 126.

sichtlich gleichgültig ist, daß vielmehr zur Ausschließung nur erforderlich ist ein Umstand, der die Kündigung rechtfertigt.

Zweifelhaft ist, ob zur Ausschließung auch Verschulden in subjektivem Sinne auf seiten des Auszuschließenden zu fordern ist oder nicht. Unmittelbar kann man aus dem Gesetz weder dafür noch dagegen schließen. Einen Anhaltspunkt bietet lediglich § 723 Abs. 1 S. 2. Es heißt dort: „Ein solcher Grund ist insbesondere vorhanden, wenn ..... vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt, oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird". Wie das Wort „insbesondere" andeutet, sind die in diesem Paragraphen hervorgehobenen Umstände nur beispielsweise angeführt[1]). Der letzte Halbsatz a. a. O. läßt das Erfordernis des subjektiven Moments bereits ganz fallen; man denke auch nur daran, daß ein Gesellschafter z. B. geisteskrank wird; solchenfalls wird diesem Gesellschafter die Erfüllung seiner gesellschaftlichen Verpflichtungen schuldloserweise unmöglich, und den Gesellschaftern muß es möglich sein, sich von diesem geisteskranken Mitgesellschafter befreien zu können; oder soll man es den Gesellschaftern zumuten, mit einem Geisteskranken die Gesellschaft fortsetzen zu müssen, nur weil den Gesellschafter bei der Verletzung seiner Verpflichtungen ein subjektives Verschulden nicht trifft? Wir entscheiden uns dafür, die Ausschließung nach § 737 auch ohne Verschulden des Betroffenen für statthaft zu halten[2]); es ist insbesondere nicht zu fordern, daß der auszuschließende Gesellschafter sich seinen Mitgesellschaftern gegenüber einer Verfehlung schuldig gemacht hat. Soweit die Ausschließung auf Verschulden beruht, wird in der Regel auch die Verpflichtung zum Schadensersatze vorliegen. Eine Pflicht zur Ausschließung besteht, selbst wenn Verschulden des Auszuschließenden vorliegt, natürlich nicht; denn die Ausschließung ist ein Recht, keine Pflicht der Gesellschafter, von dem sie nach Belieben Gebrauch machen können.

Die Ausschließung erfolgt durch die übrigen Gesellschafter „gemeinschaftlich". Darunter versteht Staudinger[3]) Uebereinstimmung aller Gesellschafter. Für den Fall, daß eine Einigung nicht erzielt werden kann, soll dann der Ausweg bleiben, daß ein oder mehrere Gesellschafter kündigen und so die Auflösung der Gesellschaft herbeiführen. Die harmonierenden Gesellschafter sollen dann eben einen neuen Gesellschaftsvertrag schließen. In diesem von Staudinger dargelegten Sinn ist aber m. E. das Wort „gemeinschaftlich" nicht aufzufassen. Vielmehr erfordert der Begriff „gemeinschaftlich" nur, daß eine ausdrückliche Beschlußfassung aller Gesellschafter erforderlich ist, wobei für die Notwendigkeit eines allseitig übereinstimmenden

1) so auch Cosack S. 37.
2) Planck S 1320 Anm. b; Staudinger S. 1401 Anm. 2 a; RGR-Kom. S. 387 Anm. 4 zu § 723; Knoke S. 127.
3) S. 1422 Anm. 2 b; ferner Knocke G. 128 und Dürr a. a. O.

Beschlusses nach dem Wortlaut des Gesetzes nichts zu folgern ist; es brauchen also nicht unbedingt alle Gesellschafter für die Ausschließung zu stimmen. Vielmehr wird man hier wohl einen vertragsmäßigen Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter für ausreichend halten können. Verlangt der Gesellschaftsvertrag zur Beschlußfassung über besonders wichtige Angelegenheiten das Erfordernis qualifizierter Stimmenmehrheit, so muß diesem Erfordernis bei der Beschlußfassung über die Ausschließung eines Gesellschafters Rechnung getragen werden; dem Gesetze wird dadurch vollkommen Genüge getan. Durch das Erfordernis der Gemeinschaftlichkeit soll m. E. nur der Unterschied dargetan werden zwischen der Ausschließung aus einer offenen Handelsgesellschaft und der Ausschließung aus einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. § 140 HGB. verlangt zur Ausschließung eines Gesellschafters ein konstitutives Urteil; es ist also bei der Ausschließung aus einer offenen Handelsgesellschaft nicht lediglich dem Beschluß der Gesellschafter überlassen, ob ein Gesellschafter ausgeschlossen wird oder nicht, wie das bei der Ausschließung aus einer Gesellschaft des BGB. der Fall ist.

Nicht aber kann das Ausschließungsrecht auf die geschäftsführenden Gesellschafter übertragen werden, wenn die Geschäftsführung nach § 710 einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen ist [1]). Das wäre nicht mehr gemeinschaftlich im Sinne des § 737; denn die Geschäftsführung steht ja im Falle des § 710 nur einem oder einzelnen Gesellschaftern zu, und es läge dann nicht mehr ein Beschluß aller vor. So hebt auch Haidlen [2]) hervor, „da es sich bei der Ausschließung um das gemeinsame Interesse der übrigen Gesellschafter handelt, so darf die Ausschließung auch nur durch diese gemeinsam herbeigeführt werden". Selbstverständlich besteht auch die Möglichkeit, daß mehrere Gesellschafter gleichzeitig ausgeschlossen werden, sofern nur zwei Gesellschafter zurückbleiben [3]).

Erfährt die Ausschließung eine richterliche Nachprüfung über die Wichtigkeit des Ausschließungsgrundes, so hat das Urteil, durch welches die Grundlosigkeit der Ausschließung ausgesprochen wird, anders wie im Falle des § 140 HGB. lediglich deklaratorische Bedeutung [4]), insofern es nämlich nur feststellt, daß die Ausschließung ohne die gesetzliche Voraussetzung stattgefunden habe und deshalb bereits kraft Gesetzes nichtig sei. Die Ausschließungserklärung hat in diesem Falle materielle Wirkungen überhaupt nicht geäußert, sie war ihrem Bestande nach nur formell vorhanden, und durch das Urteil wird sie auch wieder formell beseitigt. Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses in Kenntnis des Kündigungsgrundes oder Verzicht

1) so auch RGR-Kom. S. 397 Anm. 2 zu § 737; Planck S. 1320 Anm. c.
2) S. 840.
3) RGR-Kom. S. 397 Anm. 2 zu § 737.
4) vgl. auch Neumann S. 479.

auf Geltendmachung beseitigen das Ausschließungsrecht, sofern nicht neue Umstände hinzukommen oder die bereits begründeten Umstände erst später zur Kenntnis der übrigen Gesellschafter gelangen [1]).

Dasselbe, was oben bei dem Ausscheiden darüber gesagt wurde, daß nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters mindestens zwei Gesellschafter zurückbleiben müssen, gilt hier in erhöhtem Maße [2]); denn es bedarf zur Ausschließung eines gemeinschaftlichen Beschlusses der übrigen Gesellschafter. Besteht die Gesellschaft aber nur aus zwei Gesellschaftern, so ist ein Ausschluß nicht möglich, da der eine Gesellschafter, der den zweiten gern los sein möchte, diesen nicht auf Grund eines „gemeinschaftlichen Beschlusses der übrigen Gesellschafter" aus der Gesellschaft entfernen kann. Es bleibt solchen Falls eben kein anderer Ausweg als die Auflösung der Gesellschaft.

Da die Ausschlußerklärung eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist, so richtet sich der Zeitpunkt der Ausschließung nach den §§ 130 ff. BGB.

Zweiter Teil:

Die Rechtsfolgen des Ausscheidens.

§ 5. Einleitung.

Daraus, daß die alte Gesellschaft auf der Grundlage des alten Gesellschaftsvertrages trotz Aenderung des Bestandes der sie bildenden Personen weiter fortbesteht, ergeben sich wichtige Rechtsfolgen. Als Sammelbegriff für diese Rechtsfolgen, soweit sie auf vermögensrechtlichem Gebiete liegen, diene der Ausdruck „Auseinandersetzung". Dem Wortlaut des Gesetzes nach erstreckt sich diese Auseinandersetzung nur auf das Ausscheiden im eigentlichen Sinne. Wie schon anfangs unserer Untersuchung gesagt wurde, ist hier jedoch unter Ausscheiden nicht nur das Ausscheiden nach § 736 zu verstehen, sondern der Begriff ist in weiterem Sinne auch dahin zu verstehen, daß darunter auch der Ausschluß nach § 737 fällt. In folgendem werden wir also einheitlich von den Folgen des Ausscheidens in diesem weiteren Sinne reden. Diese Rechtsfolgen sind sowohl personrechtlicher wie auch vermögensrechtlicher Art. Wie wir dargetan haben, stellt die Gesellschaft i. S. der §§ 705 ff. ein besonderes personenrechtliches Verhältnis dar; dementsprechend sind auch die Rechtsfolgen, die sich durch die Veränderung des Personenbestandes ergeben, zunächst auf der personenrechtlichen Seite zu suchen [3]). Diese personenrechtlichen Folgen sind zwar nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt, ergeben sich aber zwangsläufig aus dem Begriff der

---

1) vgl. Neumann S. 475: ferner RG 51, 89; JW. 1902, 259, Nr. 28.
2) so auch Staub S. 740; Planck S. 1319 Anm. 2 a.
3) so auch Kaufmann S. 79.

Individualgemeinschaft. Die vermögensrechtlichen Folgen des Ausscheidens sind nur Reflexwirkung der personenrechtlichen Folgen. Im einzelnen sind die vermögensrechtlichen Folgen in den §§ 738—740 BGB. geregelt. In § 738 sind die Rechte behandelt, welche die übrigen Gesellschafter erlangen, sowie die Rechte des Ausscheidenden auf Ausantwortung von Gesellschaftsvermögen. § 739 begründet die Verpflichtung des Ausscheidenden zum Ersatze eines sich etwa ergebenden Fehlbetrages, und § 740 behandelt die Rechte des Ausscheidenden in Bezug auf die sogenannten „schwebenden Geschäfte". Diese Rechtsfolgen betreffen aber, worauf Planck[1]) besonders hinweist, selbstverständlich nur den Fall, daß nach dem Ausscheiden eine Gesellschaft bestehen bleibt; sie finden also keine Anwendung, wenn die Gesellschaft nur aus zwei Personen bestand. Auf die Verwirklichung dieser Rechtsfolgen haben die verbleibenden Gesellschafter bzw. der Ausgeschiedene ein selbständig klagbares Recht. Bis auf § 738 Abs. 1 sind diese Rechte frei verzichtbar, wie sich aus der Natur des Gesellschaftsrechts als dispositivem Recht ergibt. Die Rechtsfolgen sind nur für das Innenverhältnis, also nur für die Gesellschafter einerseits und den Ausgeschiedenen anderseits von Bedeutung. Es werden namentlich die Rechte der Gesellschaftsgläubiger durch das Ausscheiden nicht berührt; denn sie können sich nach wie vor an das Gesellschaftsvermögen und, soweit diese ihnen unbeschränkt persönlich haften, auch an den einzelnen Gesellschafter halten[2]).

§ 6. Die personenrechtlichen Wirkungen.

Durch sein Ausscheiden verzichtet der Ausscheidende zunächst auf das Recht, Liquidation und reale Teilung des Gesellschaftsvermögens zu fordern. Nicht aber verzichten, wie Treitschke[3]) annimmt, die verbleibenden Gesellschafter auf dieses Recht; denn wird die Gesellschaft später nach dem Ausscheiden aus irgend einem Grunde aufgelöst, so tritt ja tatsächlich die Liquidation ein, und von einem Verzichte bei Ausscheiden eines einzelnen Gesellschafters kann daher nicht die Rede sein.

Das personenrechtliche Band, das den Ausscheidenden bisher mit den übrigen Gesellschaftern verband, wird auf seiten des Ausscheidenden gelöst, das heißt, er gibt seine gesellschaftlichen Beziehungen auf[4]), hört also auf, Gesellschafter zu sein; damit wird er der Gesellschaft gegenüber ein „Fremder".

Alle Rechte und Pflichten, die sich aus der personenrechtlichen Verbundenheit der Gesellschafter ergeben, werden durch das Aus-

1) S. 1320, Note 1 zu § 738.
2) Planck S. 1322 Anm. 5.
3) S. 218.
4) Staudinger S. 1424 Anm. 2 a.

scheiden beendet. Zunächst erlöschen diejenigen Rechte und Pflichten, die unmittelbar auf dem Gesellschaftsvertrage oder auf Gesetz beruhen. So die Verpflichtung, zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes mitzuwirken und ihn zu fördern. Dadurch entfällt dann insbesondere auch die Verpflichtung, solche Handlungen zu unterlassen, die mit Rücksicht auf das Gesellschaftsverhältnis gegen Treu und Glauben verstoßen würden. Dem Ausscheidenden steht nicht mehr das Recht zu, von den ehemaligen Mitgesellschaftern die Erfüllung ihrer Gesellschaftspflichten gegenüber der Gesellschaft zu fordern. Ferner hört die Verpflichtung der vertragsmäßigen Beitragsleistung auf, sowie das Recht der Geschäftsführung und der Vertretung, sofern es nach § 709 den Gesellschaftern gemeinschaftlich zustand. Es entfällt das Recht, sich über die Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich zu unterrichten, der Einsichtnahme der Geschäftsführung und der Papiere der Gesellschaft. Die kraft besonderen Titels dem Ausscheidenden übertragenen Rechte und Pflichten, also diejenigen, die sich nicht schon unmittelbar aus dem Gesellschaftsvertrage oder aus dem Gesetz ergeben, werden weiterhin durch das Ausscheiden beendet. Darunter fallen insbesondere die Rechte der Geschäftsführung und Vertretung, sofern sie dem Ausscheidenden nach den §§ 710, 714 besonders übertragen waren, und die Verpflichtung zur Leistung von besonderen Beiträgen, z. B. zu Dienstleistungen oder zur Einbringung von laufenden Vermögenstücken.

Häufig werden dem Ausscheidenden auch Konkurrenzverbote auferlegt werden. Gegen die Gültigkeit dieser Verbote wird man im allgemeinen nichts sagen können, sofern sie sich nicht als eine übermäßige Belastung des Ausscheidenden darstellen oder sonst seinem Fortkommen gegen Treu und Glauben hinderlich sind.

Die zurückbleibenden Gesellschafter führen die alte Gesellschaft in Gemäßheit des § 736 fort. Sie bleiben gegeneinander nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages, d. h. des ursprünglichen oder später vielleicht mit Rücksicht auf das Ausscheiden eines Gesellschafters geänderten oder ergänzten Gesellschaftsvertrages berechtigt und verpflichtet[1]).

§ 7. **Die vermögensrechtlichen Wirkungen.**

I. Die Rechte der verbleibenden Gesellschafter.

Die Rechte, die den verbleibenden Gesellschaftern durch das Ausscheiden neu erwachsen und unter diesem Abschnitt zu behandeln sind, betreffen nur die vermögensrechtliche Seite der fortgesetzten Gesellschaft. Es findet eine dem Gesamthandprinzip eigentümliche „Anwachsung" hinsichtlich des Anteils des Ausgeschiedenen am Gesell-

---

1) Mot. II S. 630.

schaftsvermögen statt. Gesetzlich bestimmt ist diese Anwachsung durch § 738 Abs. 1, S. 1. Er lautet: „Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so wächst sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu". Um die rechtliche Besonderheit dieser Vorschrift voll würdigen zu können, sei zunächst kurz auf ihre Entstehungsgeschichte verwiesen. Im ersten Entwurf war die Frage des Ausscheidens dahin gehend geregelt, daß der ausscheidende Gesellschafter die Verpflichtung übernehmen mußte, seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen gegen eine entsprechende Abfindung den verbleibenden Gesellschaftern zu übertragen. Der Entwurf geht also von dem Gedanken aus, daß, um die übrigen Gesellschafter des Anteils des Ausscheidenden teilhaftig werden zu lassen, ein besonderer Uebertragungsakt erforderlich sei. Dies erklärt sich daraus, daß die Gesellschaft im ersten Entwurf nach dem Prinzip der Mitberechtigung zu ideellen Teilen geregelt war. Die zweite Kommission aber baute die Gesellschaft auf dem Prinzip der Gesamthandberechtigung auf, und in konsequenter Durchführung dieses Prinzips wurde bestimmt, daß der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters den verbleibenden Gesellschaftern ohne Uebertragungsakt kraft Gesetzes zuwachsen solle. Diese Auffassung der Zuwachsung kraft Gesetzes ist auch in § 738 Abs. 1 S. 1 zum Ausdruck gekommen[1]). Wie wir sagten, beruht die vermögensrechtliche Seite der Gesellschaft auf dem Gesamthandprinzip. Eine Begriffsbestimmung gibt das Gesetz hierüber nicht, auch ist es nicht ausdrücklich im Gesetz gesagt, daß die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft nach dem Gesamthandprinzip zu handhaben sind. Das kann man aber unmittelbar aus Einzelbestimmungen im Gesetz folgern. Aus § 718 Abs. 1 folgt zunächst, daß es ein gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschaft geben kann; ferner folgt aus § 719 Abs. 1, daß ein Gesellschafter weder über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen noch an den einzelnen hierzu gehörenden Gegenständen zu verfügen berechtigt ist, daß er weiter nicht berechtigt ist, Teilung zu verlangen. Das ist das Grundsätzliche und gerade durch diese Bestimmungen ist die Gesamthandberechtigung zum Ausdruck gekommen. Nach der Entwicklung der Rechtsprechung, die in älteren Entscheidungen noch schwankte, kann man wohl sagen, daß auch in der Praxis die Theorie von dem Eigentum der Gesellschafter zur gesamten Hand herrschend ist, indem die Gesellschafter als die Inhaber des Vermögens bezeichnet werden.

Nach dem Willen des Gesetzgebers erscheint es daher ausgeschlossen, das Gesellschaftsvermögen nach anderen Grundsätzen als denen der Gesamthandberechtigung festzulegen, etwa, wie Neumann[2]) es für möglich hält, nach den Grundsätzen der Gemeinschaft nach

1) Neubegger a. a. O.
2) S. 465.

Bruchteilen. Völlig unhaltbar ist es, aus dem Gesetz auf Eigentum nach Bruchteilen schließen zu wollen [1]). Wird eben ein Vertrag geschlossen, der unter die gesetzlichen Normen des Gesellschaftsrechts fällt, so kann das Gesamthandprinzip nicht ausdrücklich oder stillschweigend ausgenommen werden.

Die innere Berechtigung der Vorschrift des § 738 Abs. 1, S. 1 liegt nach dem Vorgehenden tiefer, als es rein äußerlich den Anschein hat, insofern man nämlich annehmen könnte, es handele sich bei § 738 Abs. 1 S. 1 eben nur um einen singulären Satz. Die rechte Erkenntnis dieser Vorschrift ist nur möglich an Hand einer Untersuchung über das Gesamthandprinzip. Daher soll im Folgenden kurz ein Ueberblick gegeben werden, inwieweit das Gesellschaftsvermögen unter dem Prinzip der Gesamthandberechtigung steht.

Wir stellten fest, daß die Gesellschaft keine neue Rechtspersönlichkeit darstellt, sondern lediglich eine obligatorisch verbundene Personenmehrheit ist. Die so verbundenen Personen stehen zu einander in einem Verhältnis gegenseitiger Willensgebundenheit, und nur als Träger der hiermit gegebenen Willensgemeinschaft sind sie zur Herrschaft berufen [2]). Die Mehrheit dieser Personen zusammen ist Träger von Rechten und Verbindlichkeiten als Inhalt des gemeinschaftlichen Vermögens [3]). Ueber die bloße obligatorische Gebundenheit hinaus hat die Verbundenheit der mehreren also auch vermögensrechtliche Wirkungen derart, daß die Gebundenheit des Vermögens nach der Seite der Personen als der Rechtsträger hin liegt [4]). So vertritt auch das Reichsgericht den Standpunkt, daß über die bloße obligatorische Gebundenheit hinaus eine dingliche Gebundenheit besteht. Es handelt sich demnach um den Einfluß der Verbundenheit von Subjekten auf eine unter ihnen stehende Vermögensgemeinschaft [5]), sodaß die Rechtsbeziehung der Subjekte zum Gesellschaftsvermögen eine nur sekundäre Erscheinung ist. Begrifflich ist es nicht erforderlich, daß die Gesellschaft des BGB. Vermögen besitzt, ebensowenig wie das Erfordernis der Beitragsleistung besteht [6]). Die Gesellschafter können sich sehr wohl, auch ohne ein Gesellschaftsvermögen zu begründen, zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Zweckes verbinden; und in der Tat wird man im täglichen Leben solchen Verbindungen sehr oft begegnen können. Das gemeinschaftliche Vermögen der Gesellschafter stellt ein Sondervermögen dar, d. h. eine von dem sonstigen Vermögen der Gesellschafter sich abhebende Masse, die in einer anderen Rechtslage wie dies übrige Vermögen

---

1) so insb. Goldmann-Lilienthal bei Staub S. 606.
2) so Gierke I S. 342.
3) Kaufmann S. 11; Adler S. 89; RG. 56, 209.
4) so RG. 56, 209; Gierke I S. 353; Kaufmann S. 8; Neumann S. 471.
5) so Gierke I. S. 342.
6) so auch RG. 80, 268 ff.; Planck S. 1264 Nr. 3; RG. 77, 226.

sich befindet[1]). Dieses Sondervermögen ist dazu bestimmt, ausschließlich den Zwecken der Gesellschaft zu dienen, und insofern spricht man auch von einem selbständigen „Zweckvermögen“ [2]). So wird auch die Praxis von der Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens beherrscht. Den tieferen Grund für das Bestehen eines so verbundenen Vermögens hat man in besonderen genossenschaftlichen Rücksichten zu suchen, wie sie sich außer diesem noch in der Familie, Ehe u. s. f. finden.

Daraus, daß dem einzelnen Gesellschafter nur zusammen mit den übrigen und diesen übrigen nicht ohne den einzelnen die Herrschaft zusteht, ergibt sich, wie Kaufmann[3]) es darstellt, daß nicht jeder Gesellschafter ein „Stückchen Eigentümer“ oder „Eigentümer eines Stückchen“ ist. Dahingehend ist auch die Vorschrift des § 719 Abs. 1 BGB. zu verstehen. So ist auch § 736 ZPO. aufzufassen, wonach zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein gegen alle Gesellschafter vollstreckbarer Titel erforderlich ist. Das Recht des einzelnen kann gar nicht in Quoten ausgedrückt werden. Jeder ist gleichberechtigt, und den Anteil der Beteiligung des einzelnen gegenüber den andern kann man nicht rein rechnerisch bestimmen, wie es Neumann und Goldmann-Lilienthal[4]) für möglich halten. Diese Gleichberechtigung ist vielmehr nur ein qualitativer nicht quantitativer Begriff[5]). Aehnlich sagt auch Gierke[6]): „Immer ist es das die Teilnehmer verknüpfende persönliche Band, welches das Quotenprinzip ausschließt oder in seiner Entfaltung hindert oder beschränkt. Das zeigt sich am deutlichsten darin, daß beim Wegfall des Bandes alsbald Quotenrechte hervorspringen bezw. die vorhandenen Quotenrechte frei werden“. Demgemäß ist das Wort „Anteil“ zum mindesten ungenau; denn unter Anteil versteht man im allgemeinen Sprachgebrauch nichts anderes als einen ziffernmäßig bestimmten Bruchteil, wie er tatsächlich vorhanden ist bei Miteigentum zu ideellen Teilen. Das aber fehlt hier gerade. Auch das Reichsgericht verneint die Annahme eines nach Quoten geteilten Eigentums der Gesellschafter[7]). Das getrennte Anteilsrecht des einzelnen hat vorerst überhaupt kaum Bedeutung, höchstens kann man von einer negativen Funktion des Anteilsrechts des einzelnen während des Bestehens der Gemeinschaft reden, insbesondere insofern, als der einzelne Teilhaber seinen Anteil nicht veräußern kann. Abweichungen hierzu finden sich nur in den für die Erbengemeinschaft geltenden

1) so Kaufmann S. 15; Cosack S. 26; RG. 54, 279; 61, 75.
2) so Staudinger S. 1351 Anm. 1.
3) Kaufmann S. 11.
4) vgl. oben S. 28 Anm. 2 und S. 29 Anm. 1.
5) so Kaufmann S. 11.
6) I S. 346.
7) so auch RG. 83, 314; 65, 231; 56, 432; 56, 100; 61, 75; 74, 9; 79, 146; 84, 110; 107, 172; RG. in DJZ. 1904, 817 Nr. 53; JW. 1916, 1409, Nr. 2; 1905, 205.

Bestimmungen der §§ 2033, 2042 BGB.; so läßt § 2033 die Veräußerung des Anteils am Gesamtvermögen im allgemeinen zu, während das im Gesellschaftsrecht, wie wir sagten, nicht der Fall ist. Diese Bestimmungen bedeuten aber Ausnahmen von dem, was sonst von dem Anteil der Mitberechtigung zur gesamten Hand gilt; sie sind eben nur Einzelheiten innerhalb der Prinzipienlehre.

Wenn aber trotzdem schon während des Bestandes der Gesellschaft von „Anteilen" die Rede ist, so ist damit lediglich die ungeteilte gesamthänderische Mitträgerschaft, die jedem Gesellschafter zusteht, bezeichnet [1]). Mit Rücksicht auf die spätere Auflösung der Gesellschaft stellt der Anteil ein Anwartschaftsrecht der Gesellschafter dar auf die später einmal erfolgende reale Teilung des Gesellschaftsvermögens. Solange diese Teilung noch nicht stattgefunden hat, bedeutet der Anteil nur Wertanteil. Mit der Auflösung der Gesellschaft verwandelt sich dieses ebengenannte Anwartschaftsrecht in einen gegenwärtigen Anspruch auf Realisierung des Wertanteils [2]). So will der kündigende Privatgläubiger eines Gesellschafters auch gerade durch seine Kündigung den sogenannten Anteil seines Schuldners an dem Gesellschaftsvermögen erst zur Existenz bringen, anders wäre, um in den Anteil vollstrecken zu können, eine Kündigung gar nicht erforderlich. „Im Wege der Vollstreckung oder Beschlagnahme", sagt Laband [3]), „könne der Gläubiger sich nicht Rechte aneignen, die der Schuldner selbst nicht habe". Tatsächlich ist es dem Gläubiger eines einzelnen Gesellschafters verwehrt, unmittelbar aus dem Gesellschaftsvermögen oder den dazu gehörenden Gegenständen Befriedigung zu suchen (§ 859 Abs. 1 S. 2 ZPO.). Er kann vorerst nur das verlangen, was auch der Verfügung seines Schuldners unterliegt. So lange der Gläubiger nicht gekündigt hat, kann er auf Grund der Pfändung des Anteils eines Gesellschafters lediglich den Anspruch auf etwaigen Gewinn geltend machen (§ 725 Abs. 2 BGB.).

In krassem Gegensatz zu der Struktur des modernen Gesellschaftsrechts, die sich an den deutschrechtlichen Aufbau der Gesamthandberechtigung anschließt, steht die römischrechtliche. Ich führe sie kurz an, um das Wesentliche an dem Unterschied deutlicher erkennen zu lassen. Da die societas des römischen Rechts nur persönlich nach innen wirkt, kennt sie keinerlei nach außen wirkende dingliche Gebundenheit des dem Gesellschaftszweck gewidmeten Vermögens. Es besteht kein von dem Privatvermögen der Gesellschafter rechtlich getrenntes Gesellschaftsvermögen. An dem Vermögen der Gesellschaft hat jeder Gesellschafter ein ziffernmäßig bestimmtes Anteilsrecht, das vollständig unabhängig und unbekümmert um das Recht des Mit-

---

1) so Kaufmann S. 17 f.
2) so Neumann S. 465; RG. 46, 99.
3) bei Adler S. 82.

gesellschafters besteht. Daraus folgt dann, daß jeder Gesellschafter mit seinem Teilrecht tun und lassen kann, was er will. Er kann also insbesondere darüber frei verfügen; anderseits unterliegt der Anteil des einzelnen auch dem freien Zugriff seines Privatgläubigers. Alles dieses kennt die genossenschaftliche Tendenz des geltenden Gesellschaftsrechts nicht.

Nach dem Dargestellten können wir nunmehr, da wir den Begriff „Anteil" geklärt haben, das Anwachsen des Anteils des Ausgeschiedenen am Gesellschaftsvermögen, wie folgt, erklären. Da jeder Gesellschafter durch den Anteil des anderen Gesellschafters, d. h. nach dem Vorhergehenden durch die qualitative Mitberechtigung der übrigen am Gesellschaftsvermögen, in der Ausübung seines Rechts beschränkt wird, insofern er gerade des Anteils des andern wegen der Pflicht unterliegt, das Gesellschaftsvermögen den Zwecken der Gesellschaft zu erhalten und dafür zu verwenden, so entfällt durch das Ausscheiden diese Beschränkung der verbleibenden Gesellschafter durch den Ausgeschiedenen. Diese Ausdehnung der Rechte der verbleibenden Gesellschafter nennt das Gesetz in § 738 Abs. 1 S. 1 „Zuwachsen des Anteils des Ausgeschiedenen" [1]). Die verbleibenden Gesellschafter haben nunmehr allein alle Rechte der Gesamthand und können über das Gesellschaftsvermögen dem Gesellschaftszweck entsprechend weiter verfügen, ohne einen etwaigen Einspruch des Ausgeschiedenen zu befürchten. Insofern wird durch die Aenderung des Personenbestandes der Gesellschaft auch gleichzeitig eine Aenderung der Zuständigkeitsbeziehungen des einzelnen zum Gesellschaftsvermögen herbeigeführt. Die Substanz des Gesellschaftsvermögens bleibt aber unverändert bestehen für die Gesellschaftszwecke und soll diesen ungeteilt auch weiterhin dienen.

Fällt das Recht des Ausscheidenden fort, so bedarf es demnach einer Vermehrung der Rechte der übrigen Gesellschafter nicht [2]). Daraus ergibt sich, daß es sich bei der Vorschrift des § 738 Abs. 1 S. 1 nicht um einen singulären Satz handelt, sondern daß dieses Zuwachsen des Anteils des Ausgeschiedenen dem Wesen der Gesamthandberechtigung entsprechend eine Selbstverständlichkeit ist und es eigentlich gar keiner gesetzlichen Bestimmung darüber bedurft hätte. So sagt auch das Reichsgericht [3]), daß § 738 Abs. 1 S. 1 richtiger Auffassung nach eine bloße Folgerung des Prinzips der Gesamthandberechtigung sei, die dementsprechend unabänderlich ist.

Darüber, in welchem Verhältnis der Anteil des Ausgeschiedenen den einzelnen Gesellschaftern zuwächst, sagt das Gesetz nichts. In erster Linie wird daher der Gesellschaftsvertrag maßgebend sein.

---

1) vgl. Kaufmann S. 80.
2) Kaufmann S. 80.
3) vgl. RG. 65, 236; 56, 208; auch Staudinger S. 1426 Anm. 3.

Sofern aber darüber nichts besonders bestimmt ist, wird man als allgemeinen Maßstab für die Zuwachsung die bisherige Gewinnbeteiligung annehmeu können, oder auch Zuwachsung im Verhältnis der Haftung für die Gesellschaftsschulden annehmen können.

Daß der Anteil des Ausscheidenden den Gesellschaftern zuwächst, bedeutet, daß die Vermögensänderung hinsichtlich des Anteils des Ausscheidenden an den einzelnen Vermögensgegenständen kraft Gesetzes, ohne daß es dazu einer besonderen Rechtshandlung bedürfte, vor sich geht; denn da nach dem Willen des Gesetzgebers die Identität der Gesellschaft gewahrt bleibt, bleiben auch die Eigentumsverhältnisse an dem Gesellschaftsvermögen dieselben wie vor dem Ausscheiden [1]). Selbst dann, wenn der Ausscheidende selbst etwa Grundstücke in das Gesellschaftsvermögen eingebracht hätte, könnte bei seinem Ausscheiden von einem Eigentumswechsel keine Rede sein. Es wird den zurückbleibenden Gesellschaftern weder Eigentum übertragen, noch erwerben sie Rechte, die sie vorher nicht gehabt hätten [2]). Deshalb kann auch nicht etwa von einem Verzichte des Ausscheidenden auf sein Eigentum die Rede sein; denn eine Verzichtsmöglichkeit ist für ihn gar nicht vorhanden. Der Eigentümer, der verzichten könnte, könnten nur die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit sein [3]).

Gehören zum Gesellschaftsvermögen Grundstücke oder Rechte, die im Grundbuch eingetragen sind, so bedarf es auch hier nicht der konstitutiven Rechtsakte der Auflassung und Eintragung zur Anwachsung. Die einzige Maßnahme, die erforderlich wäre, bestände in der Berichtigung des Grundbuchs in Gemäßheit des § 894 BGB.) [4]; denn durch das Ausscheiden eines Gesellschafters wird das Grundbuch unrichtig, da der Ausgeschiedene noch als Mitberechtigter eingetragen ist. Jedoch ist der Berichtigung des Grundbuchs auch nur formelle Bedeutung beizumessen, insofern nämlich der Ausgeschiedene durch die Berichtigung auch nur rein formell aus der Gemeinschaft ausscheidet. Es besteht keine Gefahr, daß der Ausgeschiedene, solange er noch als Mitberechtigter im Grundbuch eingetragen ist, zum Nachteil der fortgesetzten Gesellschaft über seinen Anteil an dem Gesellschaftsgrundstück verfügt, da dieses nach der Anwachsung des Anteils materiell ausgeschlossen ist [5]). Ueber diese Frage herrscht in der Literatur völlige Uebereinstimmung. Nur Krome [6]) scheint bezüglich der Anwachsung der Grundstücke eine bloß obligatorische Wirkung anzunehmen, d. h. die bloße Verpflichtung des Aus-

1) So auch Staub S. 746.
2) Kaufmann S. 80.
3) Kaufmann S. 77.
4) so auch Knoke S. 128; Kaufmann S. 80; Neumann S. 480; Enneccerus S. 524; Planck S. 1321; Staudinger S. 1424 Anm. 2 a; Cosack S. 49; Gierke S. 24; JW. 1924, 169, Nr. 5; RG. 82, 160; 83, 315; 68, 413.
5) Staudinger S. 1424 Anm. 2 a.
6) vgl. S. 801 Anm. 7.

geschiedenen, die Grundstücke durch Auflassung und Eintragung auf die verbleibenden Gesellschafter zu übertragen. Danach wäre dann auch zu fordern, daß, wenn Grundstücke zum Gesellschaftsvermögen gehören, nicht nur der Auseinandersetzungsvertrag der Form des § 313 BGB. bedürfte, sondern auch schon die Vereinbarung, die das Ausscheiden nach § 736 zuläßt; denn durch diese Vereinbarung verpflichten sich die Gesellschafter ja auch gleichzeitig, für den Fall ihres Ausscheidens Grundstücke oder Rechte an Grundstücken auf die verbleibenden Gesellschafter zu übertragen. Daß aber bei Vorhandensein von Grundstücken weder der Auseinandersetzungsvertrag noch die Vereinbarung des Fortbestandes in Gemäßheit des § 736 der Form des § 313 BGB. bedürfen, ist wohl herrschende Lehre [1]).

Anders wird die Sachlage natürlich, wenn z. B. der Ausgeschiedene mit einem Gesellschaftsgrundstück abgefunden werden soll. In diesem Fall ist es klar, daß tatsächlich ein Wechsel in der Person des Eigentümers vorliegt. Deshalb ist naturgemäß Auflassung und Eintragung zum Eigentumsübergang zu fordern. Ebenso ist zu entscheiden, wenn die Gesellschaft zur Auflösung kommt; denn Voraussetzung für die Anwachsung ist, daß die Gesellschaft fortbesteht, andernfalls findet eine Anwachsung zweifellos nicht statt. Der Uebernehmende erwirbt nach der Auflösung eben nur als Einzelwesen so wie jeder andere durch Einigung und Uebergabe bezw. durch Auflassung und Eintragung [2]). Es entsteht in der Hand des Uebernehmenden ein „Alleinrecht". Die bisherigen Gesellschafter werden nach der Auflösung der Gesellschaft auch nicht etwa plötzlich Miteigentümer zu Bruchteilen, sondern jeder Gesellschafter erwirbt eben, wie gesagt, kraft besonderer Uebertragungshandlung das, was ihm gemäß seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen nach der Auflösung zukommt. Die Gesellschafter sind also in diesem Fall obligatorisch zur Uebereignung verpflichtet.

Soll etwa das Gesellschaftsvermögen oder Bestandteile desselben auf eine andere Gesellschaft übertragen werden, so kann das selbstverständlich auch nur geschehen durch Uebertragung aller einzelnen Gegenstände und zwar nach Maßgabe der allgemeinen für Gegenstände der betreffenden Art geltenden Uebertragungsformen; denn in diesem Fall kann es keinem Zweifel unterliegen, daß auch hier ein Wechsel in der Person des Eigentümers vorliegt. Ebenso könnten Gesellschaftsschulden nach den für die Uebernahme von Verbindlichkeiten geltenden allgemeinen Grundsätzen übergehen.

Hier interessiert noch die bereits oben erwähnte „Abwachsung", die wir für den Fall des Neueintritts in eine bestehende Gesamthandgemeinschaft annahmen. Mit den Worten: „Bleibt bei Ein-

1) so auch RG. 65, 240; 68, 413; 108, 61; JW. 1924, 169, Nr. 5; Cosack S. 48; Staub S. 746 Anm. 3; Warneyer S. 1173.

2) so Staub S. 608 Anm. 33.

tritt eines neuen Gesellschafters die alte Gesellschaft bestehen, so bilden jedenfalls lediglich obligatorische Beziehungen zwischen den alten und dem neuen Gesellschafter die Grundlage des Verhältnisses", lehnte Planck in seiner älteren Auflage diese Abwachsung ab. Die Abwachsung würde dem Gesamthandprinzip als Gegenstück zu der Anwachsung entsprechen. Umgekehrt wie bei der Anwachsung würde bei der Abwachsung eine Beschränkung der alten Gesellschafter durch den neu Hinzutretenden stattfinden. Wenn man den Neueintritt in eine Gesellschaft unter deren Fortbestand für möglich hält, so muß man sich in konsequenter Durchführung des Gesamthandprinzips auch zu der Abwachsung in dem entwickelten Sinne bekennen. So finde ich auch bei Kaufmann diese Ansicht vertreten, indem er, wie folgt, argumentiert: „Sie (die alten Gesellschafter) zusammen beschließen nun, den neuen teilhaben und sich durch ihn beschränken zu lassen. Das ist keine Sachentäußerung, sondern eine Willensentäußerung"[1]).

Daß § 738 Abs. 1 S. 1 als logische Folgerung aus dem Gesamthandverhältnis eine unabdingbare Begleiterscheinung des Ausscheidens ist, wird wohl allgemein anerkannt. Nur Neumann[2]) steht auf dem Standpunkt, daß es sich auch bei dieser Bestimmung des § 738 Abs. 1 S. 1, wie überhaupt bei dem ganzen Gesellschaftsrecht des BGB., um dispositives Recht handelt, indem er sagt: „Wird durch Parteivereinbarung zwar Fortbestand der Gesellschaft für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters ausbedungen, zugleich aber die gemäß § 738 eintretende Anwachsung ausgeschlossen, so tritt nicht Anwachsung des Anteils des Ausscheidenden ein, vielmehr ist der Ausscheidende dann nur obligatorisch verpflichtet, seinen Anteil an den verschiedenen Gegenständen zu übertragen". Diese Ansicht deckt sich mit der ebenfalls von ihm vertretenen Meinung[3]), daß die Gesellschafter statt des Eigentums zur gesamten Hand auch Miteigentum nach Bruchteilen vereinbaren könnten. Wäre letzteres möglich, so könnte auch die Richtigkeit der ersteren Ansicht nicht zweifelhaft sein. Da aber nun einmal das Gesamthandprinzip der Gesellschaft des BGB. zu Grunde liegt, so bleibt auch für die Ansicht Neumanns kein Raum mehr, daß die Anwachsung in Gemäßheit des § 738 Abs. 1 S. 1 ausgeschlossen werden könne, und es ist klar, daß die Anwachsung unabänderliche Rechtsfolge des Ausscheidens ist.

Prozesse der Gesellschaft, die etwa im Augenblick des Ausscheidens schweben, laufen unbekümmert um das Ausscheiden weiter[4]); denn die Identität der Gesellschaft ist dieselbe geblieben, infolgedessen

---

1) vgl. Kaufmann S. 81 ff. ebenso Cosack S. 27; Enneccerus S. 526; RG. 82, 160.
2) S. 480.
3) vgl. oben S. 28 Note 2.
4) so auch Staudinger S. 1425 Anm. 3 a β; Knocke S. 129.

wird die Aktiv- bezw. Passivlegitimation zur Prozeßführung durch das Ausscheiden auch nicht berührt. Da aber infolge der Zuwachsung in einem Passivprozeß der Gesellschaft die Klage gegen den Ausgeschiedenen materiell nicht mehr begründet ist, so scheidet er aus dem Prozesse aus. Ebenso scheidet er wegen mangelnder Aktivlegitimation aus einem Aktivprozeß aus. Ob der Ausgeschiedene aus einem solchen Rechtsstreit nach dem Ausscheiden noch persönlich haftbar gemacht werden kann, richtet sich, soweit Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen gesucht wird, danach, ob die übrigen Gesellschafter ihn von den gemeinschaftlichen Schulden befreit haben oder nicht. Die Vollmacht der Geschäftsführenden zur Führung des Rechtsstreites hinsichtlich des Ausgeschiedenen erlischt aber [1]. Prozesse, die den Ausgeschiedenen mit seinem Privatvermögen in Anspruch nehmen, gehen gegen den Ausgeschiedenen weiter.

Zu Nachzahlungen, um die Einlage des Ausscheidenden zu ersetzen, sind die Gesellschafter nach § 707 nicht verpflichtet.

II. Die Rechte des Ausscheidenden.

a) Zurückgabe von überlassenen Gegenständen.

Unter diesen Abschnitt fällt die Bestimmung des § 738 Abs. 1 S. 2, erster Halbsatz. Danach sind die Gesellschafter, welche die Gesellschaft nach dem Ausscheiden fortführen, verpflichtet, dem Ausgeschiedenen die Gegenstände zurückzugeben, die er der Gesellschaft in seiner früheren Eigenschaft als Gesellschafter zur Benutzung überlassen hat. Hierunter fallen insbesondere die von dem Ausgeschiedenen gemachten Einlagen. Dieses Recht auf Zurückgabe steht dem Ausgeschiedenen selbst dann zu, wenn er nicht Eigentümer der zum Gebrauch überlassenen Gegenstände war; „denn", so sagt Planck [2]), „sein Anspruch gründet sich nicht auf sein Eigentum, sondern auf die durch die Ueberlassung nach dem Gesellschaftsvertrage begründete obligatorische Verpflichtung der verbleibenden Gesellschafter".

Das Recht der Nutzung der zum Gebrauch überlassenen Gegenstände erlischt im Augenblick des Ausscheidens, nicht erst mit der Rückgabe; denn das Gesetz gibt dem Ausgeschiedenen den Anspruch auf Zurückgabe nach erfolgtem Ausscheiden. Der Anspruch entsteht also im Augenblick des Ausscheidens, und in demselben Zeitpunkt muß auch das Nutzungsrecht erlöschen, da andernfalls ein Rückgabeanspruch überhaupt noch nicht existent werden könnte.

Gegenstände, die der Ausgeschiedene der Gesellschaft zum Gebrauch überlassen hat, kann er in natura zurückverlangen. Gegenstände aber, die der Ausgeschiedene der Gesellschaft zu Eigentum

---

1) Planck S. 1322 Note 5.
2) S. 1321 Note 2 a.

übertragen hat, verbleiben auch weiterhin im Eigentum der Gesellschaft, und dementsprechend kann er diese nicht zurückverlangen. Auch braucht er sich solche Gegenstände nicht von den Gesellschaftern aufdrängen zu lassen. Eine Pflicht, solche Gegenstände zurückzunehmen, besteht nicht. Selbstverständlich steht nichts im Wege, daß der Ausgeschiedene diese Gegenstände, falls sie ihm von den verbleibenden Gesellschaftern angeboten werden, wieder zurückerwerben kann und zwar nach den für den betreffenden Gegenstand geltenden rechtsgeschäftlichen Uebertragungsformen.

„Zum Gebrauch überlassen" sind nicht nur solche Gegenstände, die der Gesellschaft unentgeltlich, also insbesondere auf Grund eines Leihvertrages überlassen sind, sondern auch solche Gegenstände, deren Ueberlassung entgeltlich etwa auf Grund eines Miet- oder Pachtvertrages erfolgt ist. Dem steht § 733 Abs. 2 S. 3, wonach Dienstleistungen und Gebrauchsüberlassungen nicht vergütet werden, nicht entgegen; denn dort ist die Rede von Einlagen, die in der Ueberlassung der Benutzung eines Gegenstandes bestanden. In § 732 S. 1 ist aber nur gesagt, daß Gegenstände, die der Gesellschaft zur Benutzung überlassen sind, zurückzugeben sind. Es besteht danach also auch die Möglichkeit, daß der Ausgeschiedene außer der vertragsmäßigen Einlage, die § 733 Abs. 2 S. 3 im Auge hat, diese Gegenstände über seine allgemeine Einlagepflicht hinaus zur Benutzung überlassen hat, wofür er dann selbstverständlich auf Grund des zugrunde liegenden Vertrages auch Ansprüche geltend machen kann. Das Gesetz sagt nicht, was unter dem Begriff „Gebrauch" zu verstehen sei; insbesondere nicht, ob der Gebrauch ein entgeltlicher oder unentgeltlicher sei. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch kann man darunter sowohl entgeltliche wie auch unentgeltliche Ueberlassung verstehen, und „gebrauchen" heißt: eine Sache ihrer Bestimmung gemäß ausnutzen. Diese Ausnutzung kann dann ebenso sehr auf Grund eines Leih- wie Miet- oder Pachtvertrages geschehen [1]). Selbstverständlich können auch dingliche Nutzungsrechte in Frage kommen, soweit nur ein solches dingliches Recht an dem betreffenden Gegenstand bestellt werden kann. In der Kündigung seiner Mitgliedschaft liegt auch gleichzeitig die Kündigung des Leih-, Miet- oder Pachtvertrages durch den Ausgeschiedenen. Etwaige Ansprüche, die dem Ausgeschiedenen aus diesen Verträgen noch zustehen, kann er mit dem Anspruch auf Ausantwortung der zum Gebrauch überlassenen Gegenstände geltend machen. Daß tatsächlich die Gesellschafter einem Mitgesellschafter gegenüber als Schuldner verhaftet sein können, geht aus § 733 Abs. 1 S. 1 hervor, wo von Berichtigung derjenigen Schulden die Rede ist, für welche einem Gesellschafter die übrigen Gesellschafter als Schuldner haften.

---

1) so auch Staudinger S. 1392 Anm. 4.

Für solche Gegenstände, die durch Zufall in Abgang gekommen oder verschlechtert sind, kann der Ausgeschiedene nach § 732 S. 2 keinen Ersatz verlangen. Für verschuldeten Abgang oder ebensolche Verschlechterung haften die verbleibenden Gesellschafter nach allgemeinen Grundsätzen. Hierbei ist dann aber zu beachten, daß die Gesellschafter dem Ausgeschiedenen nach § 708 nur für diligentia quam suis verhaftet sind.

Hat der Ausgeschiedene für die Zwecke der Gesellschaft Aufwendungen gemacht, die über seine allgemeine Beitragspflicht hinausgehen, so kann er hierfür wie ein Beauftragter Ersatz verlangen [1]. Für vertragsmäßige Leistungen an die Gesellschaft stehen ihm keine Ersatzansprüche zu. Dasselbe gilt für solche vertragsmäßigen Beiträge, die in Diensten bestanden. Weiter kann der Ausgeschiedene beanspruchen, daß ihm die Gesellschaft das ersetzt, was er aus seinem Privatvermögen einem Gesellschaftsgläubiger hat leisten müssen, wenn er mit seinem Privatvermögen für eine Gesellschaftsschuld in Anspruch genommen wurde [2]. Auf die in diesem Abschnitt behandelten Rechte kann der Ausgeschiedene frei verzichten. Das geht aus der im allgemeinen dispositiven Natur der Bestimmungen des Gesellschaftsrechts hervor.

b) Befreiung von Verbindlichkeiten.

Nach § 738 Abs. 1 S. 2 haben die Gesellschafter den Ausgeschiedenen von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien. Welchen Ursprungs diese Schulden sind, ist gleichgültig; sie können sowohl auf Rechtsgeschäft wie auf Gesetz beruhen und sowohl von allen Gesellschaftern wie auch von den legitimierten Geschäftsführern eingegangen sein.

Daß der Ausgeschiedene von diesen Schulden zu befreien ist, besagt, daß er einen gesetzlichen, selbständig klagbaren Anspruch auf Befreiung hat. Es tritt insbesondere kein automatischer Uebergang der Schulden auf die verbleibenden Gesellschafter ein, also keine Befreiung kraft Gesetzes. Dieser Anspruch auf Befreiung ist aber weitergehend als ein bloßer Anspruch gegen die Gesellschafter, dafür Sorge zu tragen, daß er von den Gesellschaftsgläubigern nach seinem Ausscheiden nicht mehr in Anspruch genommen werde [3]. Solange der Ausgeschiedene von den Schulden noch nicht befreit ist, bleibt er den Gesellschaftsgläubiger unbeschadet seines Anspruchs auf Befreiung als Gesamtschuldner mit den übrigen Gesellschaftern verhaftet [4]; er kann also noch Jahre nach seinem Ausscheiden persönlich belangt

1) Cosack S. 20.
2) Cosack S. 20.
3) so auch Staub S. 749 Anm. 10.
4) Neumann S. 480.

werden[1]). Selbstverständlich besteht diese Haftung nur für solche Schulden, die zu dem Zeitpunkt seines Ausscheidens bereits begründet waren. Eine Haftung für neu begründete Schulden, das sind solche Schulden, die erst nach dem Ausscheiden zur Entstehung gelangen, gibt es nicht mehr[2]).

Wie aber hat man sich den Vorgang zu denken, durch den der Ausgeschiedene von den gemeinschaftlichen Schulden befreit wird? Als Mittel zur Befreiung von den gemeinschaftlichen Schulden nimmt Neumann[3]) Schuldübernahme an. Danach bedürfte es nach § 414 BGB. eines Vertrages zwischen den Gesellschaftern einerseits und den Gesellschaftsgläubigern anderseits, durch den sich die Gesellschafter verpflichten, die Schuld des Ausgeschiedenen zu übernehmen, oder es wäre erforderlich ein besonderer Vertrag zwischen den Gesellschaftern und dem Ausgeschiedenen als Vertragsparteien, durch den die Schuldübernahme vereinbart würde. Nach § 415 S. 1 BGB. hängt aber die Wirksamkeit dieses Vertrages von der Genehmigung der Gläubiger ab. So kann es demnach vorkommen, daß der eine Gläubiger genehmigt, ein anderer aber, der für seine Befriedigung fürchtet, denkt gar nicht daran, diesen Vertrag zu genehmigen. Dadurch würde der Anspruch des Ausgeschiedenen auf Befreiung illusorisch gemacht werden können; denn § 415 Abs. 1 S. 2 sagt, daß die Uebernahme als nicht erfolgt gilt, wenn die Genehmigung verweigert wird. Es wäre also möglich, daß der Ausgeschiedene einem Gläubiger gegenüber frei würde, einem anderen Gläubiger aber verhaftet bliebe. Immer noch müßte er befürchten, daß er eines Tages für Schulden aus dem längst vergessenen Gesellschaftsverhältnis in Anspruch genommen würde. Auf diesem Wege kann der Anspruch des Ausgeschiedenen also nicht verwirklicht werden. Die Schuldübernahme nach § 414 kann den Ausgeschiedenen ebensowenig befreien; denn die Gesellschafter treten ja in Wirklichkeit gar nicht an die Stelle eines Dritten, sie übernehmen also nicht die Schuld eines anderen, sondern die Schuld, die sie übernehmen, ist ja gleichzeitig auch ihre eigene Schuld. Wenn aber das Gesetz dem Ausgeschiedenen den Anspruch auf Befreiung gibt, so wäre es widersinnig, wenn andere Bestimmungen des Gesetzes diesem Anspruch jede Bedeutung wieder nehmen und ihn gegenstandslos machen könnten. Wir müssen, um dem Anspruch des Ausgeschiedenen gerecht zu werden, daher andere Möglichkeiten finden.

Auch der von Staub gegangene Weg zur Befreiung reicht meines Erachtens nicht aus. Er verlangt, daß die Gesellschafter dem Ausgeschiedenen einen Verzicht der Gläubiger verschaffen sollen,

---

1) so RG. 83, 107.
2) so RG. 86, 62; 102, 301.
3) S. 414; vgl. Warneyer S. 1174; Staudinger S. 1425 Anm. 3 a.

wonach diese darauf verzichten, den Ausgeschiedenen wegen ihrer Ansprüche an die Gesellschaft in Anspruch nehmen zu wollen. Die Gesellschaftsgläubiger müßten sich hiernach also den Gesellschaftern gegenüber verpflichten, sich wegen ihrer Ansprüche nur noch an die fortgesetzte Gesellschaft halten zu wollen. Dieser Weg, daß die Gläubiger auf die Geltendmachung ihrer Ansprüche dem Ausgeschiedenen gegenüber verzichten sollen, könnte den Anspruch auf Schuldbefreiung wieder dadurch illusorisch machen, daß die Gläubiger sich einfach auf einen derartigen Verzicht nicht einlassen wollen, und tatsächlich wird ein solcher Verzicht besonders bei einem ängstlichen Gläubiger häufig nicht beizubringen sein. Irgendeinen Zwang gegenüber einem Gläubiger, zu verzichten, gibt es aber nicht. Deshalb kann dieser Ansicht nicht beigetreten werden.

Die einzige Möglichkeit der Schuldbefreiung wird sich aus § 733 Abs. 1 S. 1 herleiten lassen[1]). Danach wird der Ausgeschiedene von den verbleibenden Gesellschaftern verlangen können, daß sie die Schulden, die sich auf die Gesellschaft beziehen, berichtigen. Aber auch nur die gemeinschaftlichen Schulden, für welche die Gesellschafter als Gesamtschuldner haften, kommen hier in Frage. Insbesondere ist hier der Begriff der gemeinschaftlichen Schulden enger aufzufassen als er in § 733 Abs. 1 S. 1 verstanden wird. A. a. O. begrenzt das Gesetz die notwendige Berichtigung nicht auf die Gesellschaftsschulden im engeren Sinne, vielmehr faßt das Gesetz diesen Begriff weiter, indem es darunter auch diejenigen Schulden versteht, „welche den Gläubigern gegenüber unter den Gesellschaftern geteilt sind oder für welche einem Gesellschafter die übrigen Gesellschafter als Schuldner haften". Zur Begründung der Ansicht, daß der Anspruch des Ausgeschiedenen auf die Schuldenbefreiung sich nicht auf diese letztgenannten Schulden bezieht, muß man den Begriff „Gesellschaftsschuld" näher darlegen. Nach Staudinger[2]) haben wir darunter diejenigen Schulden zu verstehen, „welche anläßlich des Betriebes der Gesellschaft für alle Gesellschafter als solche entstanden durch Rechtsgeschäft oder sonstige Handlungen und die selbstverständlich als gemeinschaftliche Schulden bei der Auseinandersetzung zu berichtigen sind". Da aber die in § 733 Abs. 1 S. 1 genannten Schulden im weiteren Sinne nicht für alle Gesellschafter als solche entstanden sind, besteht auch für die verbleibenden Gesellschafter in ihrer Verbundenheit nicht die Verpflichtung, diese weiteren Schulden zu berichtigen. Diese Schulden bleiben vielmehr mit der Person des Verpflichteten verknüpft und gehen die übrigen Gesellschafter nichts an, da sie nicht Schulden der Gesellschafter als solcher sind, und infolgedessen die Gesellschafter auch nicht zur Berichtigung dieser Schulden

---

1) so auch Fischer-Henle S. 545 Anm. 4.
2) S. 1415 Anm. 1.

verpflichtet sind, die ja eigentlich doch für die Gesellschafter fremde sind. Scheidet der Ausgeschiedene selbst mit solchen Schulden belastet aus, so bleibt er weiterhin dem berechtigten Gläubiger als Privatschuldner verhaftet, und trifft einen der verbleibenden Gesellschafter eine solche Schuld, so braucht sich der Ausgeschiedene darum nicht zu kümmern und eine Inanspruchnahme dafür nicht zu fürchten. Daß die verbleibenden Gesellschafter den Ausgeschiedenen nicht von solchen Schulden befreien können, für welche sie selbst dem Ausgeschiedenen als Schuldner haften, ist klar. Hat der Ausgeschiedene tatsächlich noch Ansprüche solcherseits, so wird er diese Ansprüche gleichzeitig mit seinem Abfindungsanspruch geltend machen können.

Der Anspruch des Ausgeschiedenen auf Befreiung von den gemeinschaftlichen Verbindlichkeiten ist also nach dem Vorhergehenden dahin zu verstehen, daß der Ausgeschiedene Bezahlung der gemeinschaftlichen Schulden an die Gesellschaftsgläubiger verlangen kann. Ein anderer Ausweg, dem Anspruch des Ausgeschiedenen auf Befreiung von den gemeinschaftlichen Schulden, der ihm kraft Gesetzes zusteht, gerecht zu werden, ist m. E. nicht ersichtlich. Das gilt natürlich nur für solche Schulden, für die der Ausgeschiedene bisher mit dem Gesellschaftsvermögen haftete. Man könnte hier auch zu der Ansicht kommen, der Ausgeschiedene werde, soweit er nur mit dem Gesellschaftsvermögen haftete, ipso iure von solchen Verbindlichkeiten frei, da er ja nach dem Ausscheiden nicht mehr Gesellschafter sei und infolge der Zuwachsung seines Anteils am Gesellschaftsvermögen auf die übrigen Gesellschafter nun auch nicht mehr in Höhe seines Anteils, den er nicht mehr habe, für die Gesellschaftsschulden haften könne. Das ist aber nicht der Fall. Wenngleich ihm zwar an dem Gesellschaftsvermögen ein Anteil nicht mehr zusteht, so hat er aber doch obligatorische Ansprüche an dieses Gesellschaftsvermögen, und soweit er auf Grund der ihm gegen die übrigen Gesellschafter zustehenden Ansprüche aus dem Gesellschaftsvermögen etwas erhält, haftet der Ausgeschiedene eben noch bis zu seiner Befreiung von diesen Verbindlichkeiten.

M. E. hätte es der besonderen Vorschrift, daß die verbleibenden Gesellschafter den Ausgeschiedenen von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien haben, gar nicht bedurft. Vielmehr hätte man wie bei dem Zuwachsen nach § 738 Abs. 1 S. 1 ein Zuwachsen der Schulden annehmen können; denn gerade so wie Rechte zum Gesellschaftsvermögen gehören können, gehören auch die Gesellschaftsschulden zum Gesellschaftsvermögen. Denselben Standpunkt nimmt Dernburg [1]) ein, indem er sagt, „immerhin bilden die gesellschaftlichen Schulden passive Bestandteile des Gesellschaftsvermögens". Unbeachtlich ist es, daß in § 718 die Gesellschaftsschulden nicht auch als Gesellschafts-

1) S. 668 § 360 II.

vermögen mit aufgezählt werden; denn § 718 stellt nicht **das** Vermögen der Gesellschaft fest, sondern zählt nur einzelne Vermögensbestandteile auf. Erschöpfend ist diese Aufzählung aber keinesfalls[1]). Dementsprechend hätte also der Gesetzgeber dem Prinzip der Gesamthandberechtigung zufolge auch eine anteilsmäßige Erweiterung der Haftung des einzelnen verbleibenden Gesellschafters für die Gesellschaftsschulden bestimmen können. Nach der Befreiung tritt diese Erweiterung der Haftung aber tatsächlich ein, und der Ausgeschiedene hört auf, Mitschuldner für die Gesellschaftsschulden zu sein.

Wird der Ausgeschiedene, bevor er aus der Haftung für die gemeinschaftlichen Schulden entlassen ist, noch von einem Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen, so kann er indessen auf Grund seines Anspruchs auf Befreiung nicht verlangen, daß der Gläubiger zunächst seine Befriedigung bei den verbleibenden Gesellschaftern suche. Wohl aber kann er, wenn die verbleibenden Gesellschafter ihrer Verpflichtung noch nicht nachgekommen sind, bei den Gesellschaftern Regreß nehmen und diese Regreßansprüche gegen die Ansprüche aufrechnen, welche die Gesellschafter noch gegen ihn haben[2]).

Soweit gemeinschaftliche Schulden noch nicht fällig sind, können die Gesellschafter statt Befreiung dem Ausgeschiedenen nach § 738 Abs. 1 S. 3 Sicherheit dafür leisten, daß er nicht in Anspruch genommen werde, sofern es die Gesellschafter nicht vorziehen sollten, ihn auch von diesen Schulden zu befreien.

Zweifelhaft ist, ob diese Sicherheitsleistung sich auch auf bestrittene Schulden erstreckt. In der Literatur nimmt die herrschende Lehre in Anschluß an die frühere Lehre Plancks[3]) an, daß das, was von den noch nicht fälligen Schulden gelte „ob paritatem rationis“ auch von den bestrittenen Schulden gelten müsse; daß dem Ausgeschiedenen also das Recht zustehe, von den Gesellschaftern Sicherheit dafür zu verlangen, daß er wegen solcher bestrittener Schulden nicht in Anspruch genommen werde[4]). Zunächst stellen wir fest, worauf Goldmann-Lilienthal[5]) hinweisen, daß die Sicherheitsleistung nur ein **Recht** der Gesellschafter ist; es besteht also **keine Verpflichtung** zur Sicherheitsleistung. Demnach steht dem Ausgeschiedenen ein solcher Anspruch auf Sicherheitsleistung gar nicht zu; denn a. a. O. heißt es: „Sind gemeinschaftliche Schulden noch nicht fällig, so **können** die Gesellschafter . . . Sicherheit leisten“, also nicht „sie **müssen**“ Sicherheit leisten. Dadurch ist angedeutet,

---

1) so auch Dernburg S. 665 § 359 I; Kaufmann S. 99.
2) so Staudinger S. 1426 Anm. d.
3) der in Aufl. 4 S. 1321 Anm. 2 b aber diese Sicherheitsleistung jetzt ablehnt.
4) so auch Knoke S. 129; Cosack im Gegensatz zur älteren Auflage; Dernburg S. 674.
5) in RG. 60, 157.

daß es dem freien Belieben der Gesellschafter überlassen ist, ob sie von diesem Rechte Gebrauch machen wollen oder nicht. Entscheidend ist, worauf in RG. Bd. 60, 155 hingewiesen wird, daß das Gesetz nur von den gemeinschaftlichen Schulden spricht, die noch nicht f ä l l i g sind. In § 733 Abs. 1 S. 2 erwähnt das Gesetz für den Fall der Auseinandersetzung ausdrücklich auch Schulden, die „streitig" sind, und es ist wohl anzunehmen, daß, wenn der Gesetzgeber in § 738 Abs. 1 S. 3 eine gleiche Bestimmung für bestrittene Schulden hätte treffen wollen, er dieses auch ausgesprochen hätte [1]. Ferner wird in der angeführten Entscheidung darauf hingewiesen, daß, obwohl die Ausdehnung der fraglichen Vorschrift auf streitige Verbindlichkeiten dem Interesse des Ausscheidenden entspreche, doch unter Umständen die übrigen Gesellschafter dadurch schwer getroffen werden könnten, und daß daher auch überwiegende Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsrücksichten nicht für die fragliche Ausdehnung sprächen. Selbstverständlich steht dem aber nichts im Wege, daß die verbleibenden Gesellschafter auch wegen der bestrittenen Schulden von ihrem Recht, dem Ausgeschiedenen Sicherheit zu leisten, Gebrauch machen. Solchenfalls hat aber der Ausgeschiedene den Bestand der Schulden zu beweisen.

Was von den bestrittenen Schulden gesagt ist, muß auch von den bedingten Schulden gelten, da es auch bei diesen so wie bei den bestrittenen Schulden zweifelhaft ist, ob sie bestehen, bezw. ob sie je zur Entstehung gelangen werden. Einer etwaigen Inanspruchnahme wegen bestrittener Schulden steht der Ausgeschiedene rechtlich nicht hilflos gegenüber. Durch prozessuale Rechtsbehelfe wie hauptsächlich durch Streitverkündung wird sich der Ausgeschiedene gegen die Inanspruchnahme für bestrittene Schulden genügend sichern können. Wegen seiner Regreßansprüche kann er ferner unter den gesetzlichen Voraussetzungen Arrest erwirken und durch negative Feststellungsklage eine Entscheidung über den Bestand der Schulden herbeiführen.

Die Verpflichtung, den Ausgeschiedenen aus der Haftung für gemeinschaftliche Schulden zu entlassen, besteht auch dann, wenn sich bei der Auseinandersetzung etwa ein Passivsaldo zu Lasten des Ausscheidenden ergeben sollte. Dieses muß er zwar noch an die Gesellschaft zahlen, aber der Bestand dieses Passivsaldos vernichtet nicht den Anspruch auf Befreiung von den gemeinschaftlichen Schulden [2].

c) Abfindung.

Dafür, daß der Ausgeschiedene auf reale Teilung des Gesellschaftsvermögens sowie auf alle anderen Rechte aus dem Gesellschaftsverhältnis durch sein Ausscheiden verzichtet, steht ihm der Anspruch

---

1) RG. 60, 157 f.; Warneyer S. 1174; Enneccerus S. 525.
2) so auch Staub S. 750 Anm. 11.

zu, in Geld abgefunden zu werden. Dieser Anspruch stützt sich auf § 738 Abs. 1 S. 2. Danach sind die verbleibenden Gesellschafter verpflichtet, dem Ausgeschiedenen dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Für den Inhalt dieser Vorschrift gelten analog die Bestimmungen der §§ 733, 734. Die Berechnung der Abfindungssumme erfolgt also nach den allgemeinen Grundsätzen der vollständigen Gesellschaftsliquidation [1]). Nach § 731 gelten diese Grundsätze aber nur in Ermangelung anderer Vereinbarungen. Der Abfindungsanspruch tritt an die Stelle der Rechte, die dem Ausscheidenden zustehen würden, wenn er zur Zeit der Auflösung der Gesellschaft noch Gesellschafter wäre.

Da der Ausgeschiedene nach dem Willen des Gesetzes teilnehmen soll an dem wahren Wert der Gesellschaft [2]), ist zur Berechnung der Abfindungssumme die Vermögenslage zugrunde zu legen, wie sie sich tatsächlich im Zeitpunkt des Ausscheidens ergibt. Im Falle der Ausschließung ist z. B. maßgebend der Zeitpunkt, indem die Ausschlußerklärung nach §§ 130 ff. BGB. dem Auszuschließenden zugegangen ist. Möglich ist auch, daß die Auseinandersetzung auf Grund einer anderen Basis vorgenommen wird. So können die Gesellschafter auch insbesondere vereinbaren, daß der Ausgeschiedene mit bestimmten Gegenständen abzufinden sei, oder daß er durch Zahlung einer Pauschalsumme auf die Abfindung verzichte [3]). Diese Vereinbarung muß allerdings zugleich mit der Vereinbarung, die das Ausscheiden nach § 736 möglich macht, getroffen sein, da eine derartige Abrede unter den verbleibenden Gesellschaftern allein dem Ausscheidenden den Anspruch auf die Abfindung nicht nehmen könnte, während eine vorherige Vereinbarung den Verzicht auf den Abfindungsanspruch bedeuten würde. Der Auffassung, daß der wahre Wert der Gesellschaft für die Berechnung der Auseinandersetzung maßgebend sein soll, entspricht die Bestimmung des § 738 Abs. 2, wonach der Wert des Gesellschaftsvermögens, soweit erforderlich, im Wege der Schätzung zu ermitteln ist. Der Ausgeschiedene kann aber nicht verlangen, daß die einzelnen Vermögensgegenstände der Gesellschaft zum Zwecke der Wertsermittlung verkauft werden. Vielmehr geht aus der besagten Bestimmung hervor, daß er sich zu beschränken hat auf den Erlös, der sich „bei einer der Sachlage entsprechenden, möglichst vorteilhaften Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung im Ganzen ergeben würde“ [4]). Die sogenannten schwebenden Geschäfte bleiben bei dieser Berechnung außer Ansatz, da für diese eine besondere Bestimmung in § 740 getroffen ist. Im

1) so auch Crome S. 801.
2) RG. 106, 132.
3) so auch Staub S. 752.
4) so RG. 106, 132.

übrigen ist es Sache der Gesellschafter, wie sie sich die nötigen Mittel zur Befriedigung des Ausgeschiedenen verschaffen, so kann z. B. auch Verkauf von Gegenständen des Gesellschaftsvermögens nötigenfalls in Frage kommen.

Das Gesetz sagt nichts darüber, wer die Abfindungssumme festzustellen hat. Warneyer[1]) will den Ausgeschiedenen noch mitwirken lassen bei der Feststellung der Abfindung. Auch Staub[2]) sagt, die Feststellung der Abfindungssumme ist Sache aller Gesellschafter einschließlich des Ausscheidenden. M. E. steht dem Ausgeschiedenen aber ein Recht, bei der Feststellung der Abfindungssumme noch mitzuwirken, nicht mehr zu; denn die Abfindung stellt eine besondere, durch das Ausscheiden neu begründete Pflicht gerade der Gesellschafter dar, welche die Gesellschaft nach dem Ausscheiden fortführen. Zu diesen gehört der Ausgeschiedene aber nicht. Er ist überhaupt nicht mehr Gesellschafter, und ein Mitwirkungsrecht bei der Geschäftsführung, zu deren Aufgabenkreis die Feststellung der Abfindungssumme gehört, steht ihm mithin nicht mehr zu. Den Gesellschaftern müßte es auch unliebsam sein, daß ein Ausgeschiedener noch das Recht hätte, Einblick in ihre Geschäftsführung zu verlangen. Gegen Unredlichkeiten der verbleibenden Gesellschafter gegenüber dem Ausgeschiedenen bei Feststellung der Abfindungssumme kann sich dieser genügend durch Anfechtung schützen, indem er z. B. dartut, daß die Passiva, die ihm angerechnet worden sind, tatsächlich gar nicht vorhanden sind. Bei der Behandlung der schwebenden Geschäfte wird ausdrücklich in § 740 Abs. 1 S. 2 festgestellt, daß die übrigen Gesellschafter berechtigt sind, diese so zu beendigen, wie es ihnen am vorteilhaftesten erscheint. Dem Ausgeschiedenen stehen hierbei also keinerlei Rechte mehr zu; das Gleiche muß auch von der Feststellung der Abfindungssumme gelten; denn beides sind interne Angelegenheiten der fortgesetzten Gesellschaft, in die der Ausgeschiedene nicht mehr hineinzureden hat.

Bei der Schätzung des Gesellschaftsvermögens zum Zwecke der Abfindung wird dem Ausgeschiedenen zu seiner Sicherung die Zuziehung eines Sachverständigen nicht zu versagen sein.

Die Zeit der Zahlung der Abfindungssumme richtet sich mangels besonderer Bestimmung nach der allgemeinen Vorschrift des § 271 BGB.

Fraglich ist, ob der Ausscheidende auf die Abfindung verzichten kann oder nicht. Leist[3]) ist der Ansicht, daß ein solcher Verzicht nicht möglich sei, da dem Ausgeschiedenen durch Satzung nicht der Anspruch auf das entzogen werden könne, was er zu fordern haben würde, wenn im Zeitpunkt des Ausscheidens die Auflösung erfolgte.

---

1) S. 1173.
2) S. 748 Anm. 6 β.
3) Leist II S. 19 ff.; 46 ff.

Für die Verzichtsmöglichkeit auf die Abfindung spricht zunächst wieder der Umstand, daß wir es bei dem Gesellschaftsrecht mit dispositivem Recht zu tun haben. Entscheidend für die freie Verzichtsmöglichkeit sagt Dernburg[1]): „Sollte aus rechtspolitischen Erwägungen so tief in die Vertragsfreiheit eingegriffen werden und einem reinen Vermögensrecht Unverzichtbarkeit beigelegt werden, so war dazu ein unzweideutiger Ausspruch erforderlich". Mangels eines solchen gesetzlichen Ausspruchs steht aber m. E. der freien Verzichtsmöglichkeit des Ausgeschiedenen auf den Abfindungsanspruch nichts im Wege. Warum sollte der Ausgeschiedene nicht ebenso auf seinen Anspruch auf die Abfindungssumme verzichten können, wie etwa der Verkäufer auf die Kaufpreisforderung verzichten kann, auf die er ebenso wie der Ausgeschiedene auf die Abfindung auch einen gesetzlichen Anspruch hat. Auch das Reichsgericht[2]) nimmt die Möglichkeit des freien Verzichtes an. Verzichtet der Ausgeschiedene, so haben wir es eben mit einer Schenkung zu tun, und es ist nicht ersichtlich, warum es dem Ausgeschiedenen verwehrt sein soll, der fortgesetzten Gesellschaft solche Schenkungen machen zu können. Ist er aber vertraglich gehalten, auf seinen Abfindungsanspruch zu verzichten, so kann, wenn sich der für den Ausgeschiedenen ergebende Rechtsnachteil als übermäßige Vertragsstrafe darstellt, dieser nach § 343 BGB. durch Urteil angemessen gemildert werden[3]). Die verbleibenden Gesellschafter können aber dem Ausgeschiedenen den Anspruch auf die Abfindung nicht einseitig nehmen; denn die Abfindung zu fordern, ist ein Recht des Ausgeschiedenen, das dem Zugriff eines andern nicht unterliegt.

Irgendwelche Sicherheit, deren er infolge des Austausches seiner Anteilsrechte am Gesellschaftsvermögen gegen bloße obligatorische Ansprüche bedürfte, zur Realisierung dieses Anspruchs auf die Abfindungssumme gibt das Gesetz dem Ausgeschiedenen nicht. Jedoch wird er sich durch Erwirkung von Arrest nötigenfalls genügend sichern können. Weiter wird man dem Ausgeschiedenen zur Sicherung seines Anspruchs auf die Abfindung ein Zurückbehaltungsrecht an ihm etwa zur Verwahrung oder ähnlichen Zwecken überlassenen Gegenständen einräumen müssen. Nicht unstreitig ist das allerdings für den Fall, daß auch der Ausgeschiedene der Gesellschaft gegenüber auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses noch zu einer Leistung verpflichtet ist. Mit Planck[4]) möchte ich aber auch für diesen Fall ein Zurückbehaltungsrecht des Ausgeschiedenen annehmen; „denn die beiderseitigen Verpflichtungen beruhen auf demselben Gesellschaftsverhältnisse; die in § 273 BGB. bestimmte Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechtes liegt also vor".

1) bei Leist I S. 139 Anm. 3.
2) RG. 106, 131.
3) so auch Staudinger S. 1426 Anm. 3.
4) S. 1322 Note 4.

Soweit dem Ausgeschiedenen nach dem Gesagten Ansprüche gegen die fortgesetzte Gesellschaft zustehen, haben wir es mit einer wahren Gesellschaftsschuld zu tun, für welche also die Solidarhaft der Gesellschafter besteht. Seinem rechtlichen Charakter nach ist dieser Anspruch ein echtes Forderungsrecht des Ausgeschiedenen auf Zahlung der festgesetzten Summe. Im Konkurse der fortgesetzten Gesellschaft würde der Ausgeschiedene demnach für diesen Anspruch als gewöhnlicher Konkursgläubiger in Betracht kommen. Um Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen zu suchen, muß der Ausgeschiedene nach § 736 ZPO. ein gegen alle Gesellschafter ergangenes verurteilendes Urteil erlangt haben.

III. Verpflichtung des Ausgeschiedenen zum Ersatze des Fehlbetrages.

Stellt sich bei der Auseinandersetzung heraus, daß die Gesellschaft mit Verlusten gearbeitet hat, so hat der Ausgeschiedene für diesen Verlust der fortgesetzten Gesellschaft noch aufzukommen. Die gesetzliche Bestimmung hierfür ist in § 739 getroffen. Er lautet: „Reicht der Wert des Gesellschaftsvermögens zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden und der Einlagen nicht aus, so hat der Ausscheidende den übrigen Gesellschaftern für den Fehlbetrag nach dem Verhältnisse seines Anteils am Verlust aufzukommen". Diese Vorschrift entspricht der für den Fall der Auflösung geltenden Bestimmung des § 735. Mit Rücksicht darauf, daß der Ausgeschiedene nach § 740 auch an einem etwaigen Ueberschuß, der sich aus den noch schwebenden Geschäften ergeben kann, teilnimmt, entspricht die Vorschrift des § 739 der Billigkeit und wirkt ausgleichend zwischen Gewinn und Verlust des Ausgeschiedenen. Maßgebend für die Berechnung der Höhe des Fehlbetrages ist wie bei der Abfindung wieder der Wert, der sich zur Zeit des Ausscheidens auf Grund der erforderlichenfalls vorzunehmenden Schätzung ergibt.

Daß der Wert des Gesellschaftsvermögens zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden und Einlagen nicht ausreicht, besagt, daß der aktive Bestandteil des Gesellschaftsvermögens geringer ist als der passive Bestandteil, die Schulden der Gesellschaft müssen also größer sein als der tatsächliche Wert der Gesellschaft. Die Gesellschaft muß demnach mit Verlust gearbeitet haben. Für diesen Verlust hat der Ausgeschiedene nach dem Verhältnis seines Anteils am Verlust aufzukommen. In demselben Verhältnis also, in welchem er bisher Verluste der Gesellschaft zu tragen hatte, hat er den übrigen Gesellschaftern gegenüber auch diesen Fehlbetrag zu tragen.

Es ist noch festzustellen, was wir unter dem Begriff „Einlage" zu verstehen haben. Im Gesetz finden wir diesen Begriff nicht erläutert, wohl aber begegnen wir der Satzwendung „die Einlagen

sind zurückzuerstatten", oder es ist die Rede von „der Ergänzung der verminderten Einlage" (vgl. §§ 707, 733 Abs. 2 und 3, 734, 735 S. 1). Danach können wir es bei der Einlage nur mit solchen Leistungen zu tun haben, die bereits an die Gesellschaft bewirkt worden sind, also Gegenstände, die bereits dem Gesellschaftsvermögen einverleibt worden sind [1]); denn andernfalls könnte von einer Zurückgabe nicht die Rede sein. Diese Einlagen stehen im Gegensatz zu den „Beiträgen", zu deren Leistung die Gesellschafter nach § 707 verpflichtet sind. Letztere brauchen noch nicht tatsächlich geleistet zu sein, sie brauchen also noch nicht dem Gesellschaftsvermögen einverleibt worden zu sein.

Bei der Verpflichtung zur Zahlung des Fehlbetrages handelt es sich um eine reine Geldschuld des Ausgeschiedenen an die fortgesetzte Gesellschaft [2]). Das Vorhandensein dieses Fehlbetrages zu Ungunsten des Ausgeschiedenen hat keinerlei Einfluß auf das Recht des Ausgeschiedenen, Befreiung von Verbindlichkeiten nach § 738 Abs. 1 S. 2 zu fordern. Solange die Gesellschafter ihre Verpflichtung zur Befreiung aber noch nicht nachgekommen sind, wird der Ausgeschiedene die Zahlung des Fehlbetrages verweigern dürfen. Auf der anderen Seite können aber auch die Gesellschafter zur Sicherung ihres Anspruchs auf Zahlung des Fehlbetrages die zur Benutzung überlassenen Gegenstände, die sie dem Ausgeschiedenen zurückzugeben haben, nach Maßgabe des § 273 BGB. zurückbehalten [3]).

Außer diesem Passivsaldo hat der Ausgeschiedene an die fortgesetzte Gesellschaft alles zu zahlen, was er ihr sonst noch schuldet, so z. B. hat er Gelder oder Gegenstände der Gesellschaft, die er unbefugt entnommen hat, zurückzuerstatten. Ebenso hat er Gegenstände, die ihm zum Gebrauch oder andern Zwecken überlassen waren, zurückzugeben. Wie aber gestalten sich die Besitzverhältnisse an einem solchen überlassenen Gegenstand? Das früher bestandene Besitzrecht geht mit dem Ausscheiden unter. Der Besitz des Ausgeschiedenen wird aber nicht unbedingt ein fehlerhafter, da er ja nicht mittels verbotener Eigenmacht den Besitz erlangt hat, kann es aber möglicherweise später werden, wenn nämlich der Ausgeschiedene den Gegenstand auf Ersuchen nicht zurückgibt. War umgekehrt dem Ausgeschiedenen eine Sache für die Gesellschaft von einem Dritten übergeben, er selbst aber bösgläubig bezüglich der Eigentumsverhältnisse des veräußernden Dritten, so wird die Gesellschaft wegen seiner Bösgläubigkeit nicht Eigentümerin. Sein böser Glaube, der bereits vorher dem Erwerbe durch die Gesellschaft entgegenstand, wird auch nicht durch das Ausscheiden geheilt; denn als der Ausgeschiedene die

1) so RG 76, 278.
2) so auch Staudinger S. 1427 Anm. 3.
3) so auch Knoke S. 130; Staudinger S. 1427 Anm. 3; Planck S. 1323; RGR-Kom. S. 398 Note 1 zu § 739.

Sache erhielt, war er noch Gesellschafter, und mala fides auch nur eines Gesellschafters schadet; „denn", so sagt Knoke[1]), „es will ja nicht jeder für sich eine Quote erwerben, sondern zusammen mit dem bösgläubigen Erwerber zur Gesamtenhand berechtigt werden". Wollte der Ausgeschiedene vor seinem Ausscheiden, ohne dazu ermächtigt zu sein, aber doch in der Absicht, für die Gesellschaft zu handeln, für diese einen Gegenstand erwerben, so könnte das Eigentum nur durch die Genehmigung der Gesellschaft auf diese übergehen. Hatte die Gesellschaft bereits vor dem Ausscheiden genehmigt, so ist klar, daß sie bereits Eigentum erworben hatte und nunmehr Ansprüche aus § 985 BGB. geltend machen kann (darüber, daß Ansprüche auf Leistung bereits zum Gesellschaftsvermögen gehören, später noch). Genehmigt die Gesellschaft aber erst nach dem Ausscheiden, so erwachsen ihr dadurch rückwirkend keine Rechte; sie kann also Ansprüche auf den Gegenstand nicht mehr machen; denn die Gesellschaftereigenschaft des Ausgeschiedenen war zur Zeit der Genehmigung bereits erloschen, und demnach stand der Gesellschaft zu dem Zeitpunkt auch kein dem Gesellschaftsverhältnis entspringendes Recht der Genehmigung mehr zu[2]).

Soweit der Ausgeschiedene mit der Leistung seiner Beiträge im Rückstande ist, hat er insbesondere auch diese noch zu leisten. Dabei steht den Gesellschaftern nicht nur ein obligatorischer Anspruch auf diese Beiträge zu, sondern ein dinglicher Eigentumsanspruch nach § 985 BGB.; denn diese Beiträge gehören, obwohl sie noch nicht geleistet zu sein brauchen, bereits zum Gesellschaftsvermögen. Allerdings ist es nicht unbestritten, daß durch die bloße Verpflichtung zur Beitragsleistung diese bereits Bestandteil des Gesellschaftsvermögens werden. Die größere Mehrzahl der Schriftsteller steht dieser strittigen Frage ablehnend gegenüber. Ueberwiegende Gründe sprechen aber für die Bejahung. Unter „Beiträge" verstehen wir zunächst im Gegensatz zu den oben schon erwähnten Einlagen nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes die noch zu bewirkenden Leistungen. Für den Fall, daß vor der Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein Gesellschafter, der mit seiner Beitragspflicht noch im Rückstande ist, aus der Gesellschaft ausgeschieden ist, läßt sich die Ansicht, daß dieser noch ausstehende Beitrag bei der Zwangsvollstreckung von dem Gläubiger erfaßt werden kann, leicht, wie folgt, begründen. Der Ausgeschiedene ist nicht mehr Gesellschafter. Der Anspruch auf rückständige Beitragsleistung steht also nach dem Ausscheiden den übrigen Gesellschaftern in ihrer Verbundenheit zu. Mit dem Ausscheiden wird somit der Anspruch auf die Beitragsleistung Bestandteil des Gesellschaftsvermögens, da er ein nach § 718 Abs. 2

---

1) S. 96.
2) Diese Ausführungen im wesentlichen aus Knoke a. a. O.

zum Gesellschaftsvermögen gehörendes Recht darstellt[1]) (nicht erst durch besondere Vereinbarung, wie RG. 54, 300 f. annimmt), dessen Trägerschaft die zurückbleibenden Gesellschafter bilden. Bei der Zwangsvollstreckung in das Vermögen der fortgesetzten Gesellschaft könnte der Gläubiger daher durch Ueberweisung dieser Forderung auch in die Beitragsforderung vollstrecken. Wie aber sollen rückständige Beiträge erfaßt werden können, wenn der Bestand der Gesellschaft bei der Zwangsvollstreckung derselbe geblieben ist? Der den Beitrag noch schuldende Gesellschafter kann naturgemäß nicht auch Träger des Anspruchs auf seine Beitragsleistung sein, er ist vielmehr der den übrigen Gesellschaftern gegenüber Verpflichtete. In diesem Fall ist die Beitragsforderung nicht Bestandteil des Gesellschaftsvermögens geworden; denn Inhaber dieses Vermögens sind die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit als Mitberechtigte. Mitberechtigter des Rechts auf den noch ausstehenden Beitrag als Bestandteil des Gesellschaftsvermögens sind aber nicht alle Gesellschafter; der mit der Beitragsleistung säumige Gesellschafter fehlt bei der Trägerschaft dieser Mitberechtigung. Die Verpflichtung zur Beitragsleistung ist nur eine interne Angelegenheit der Gesellschaft geblieben. Die übrigen Gesellschafter könnten die Zahlung des Beitrags des Säumigen zwar noch verlangen, nicht aber könnte der die Zwangsvollstreckung betreibende Gläubiger sich diese Forderung überweisen lassen, da er nur solche Forderungen erfassen kann, die der „Gesellschaft" zustehen. Der rückständige Beitrag steht aber nicht der Gesellschaft, d. h. also den Gesellschaftern in ihrer Verbundenheit zu. Da in diesem Fall die Beitragsforderung noch nicht Bestandteil des Gesellschaftsvermögens geworden ist, könnte der Gläubiger diese Forderung tatsächlich nicht erfassen. Besäße eine Gesellschaft außer den Beiträgen gar kein besonderes Vermögen, und wären diese Beiträge noch nicht geleistet, so ist klar, daß alle Ansprüche an das Gesellschaftsvermögen, das ja in diesem Fall noch gar nicht vorhanden wäre, illusorisch wären. Die Beiträge der Gesellschafter sind aber gerade dazu bestimmt, den Zwecken der Gesellschaft zu dienen, und man muß annehmen, daß ein Gläubiger diese Beitragsforderungen auch schon dann erfassen kann, wenn sie noch nicht geleistet worden sind; andernfalls käme man zu den zweckwidrigsten Ergebnissen, die den Gläubiger schwer schädigen müßten. Dem Sinn und Zweck der Gesellschaftsbeiträge entsprechend muß man annehmen, daß diese auch für die Zwangsvollstreckung in Frage kommen müssen. Das ist aber nur möglich, wenn nicht nur der bloße Anspruch auf die Beitragsleistung, sondern die Beiträge selbst auch vor ihrer tatsächlichen Leistung bereits Bestandteile des Gesellschaftsvermögens geworden sind. Dementsprechend müssen wir annehmen, daß die

---

1) so auch Enneccerus S. 515 Anm. 1.

Beiträge Bestandteil des Gesellschaftsvermögens werden schon durch die bloße Verpflichtung zu deren Leistung, nicht also erst dadurch, daß der Gesellschafter die ihm obliegende Uebereignung der Beiträge tätsächlich vornimmt [1]). Dem steht auch nicht § 718 Abs. 1 entgegen, wo es heißt: „die Beiträge der Gesellschafter und die für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter". Die „Beiträge" werden hier gleichzeitig genannt mit den „für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände"; daraus geht hervor, daß andere Gegenstände als die Beiträge erst dann Gesellschaftsvermögen werden, nachdem sie „erworben", d. h. nachdem sie durch die für den betreffenden Gegenstand geltenden allgemeinen Uebertragungsformen dem Gesellschaftsvermögen tatsächlich einverleibt worden sind, während das nach dem Wortlaut des Gesetzes bei den Beiträgen nicht erforderlich ist, vielmehr ipso iure Bestandteile des Gesellschaftsvermögens bilden. Auch der Umstand, daß es a. a. O. heißt: die Beiträge, bezw. die für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände „werden", nicht „sind" gemeinschaftliches Vermögen, ändert nichts daran; denn andernfalls wären auch die bereits erworbenen Gegenstände noch nicht Gesellschaftsvermögen; wann aber sollten sie es werden? Es könnte daher im Gesetze an Stelle des „werden" auch „sind" heißen. Der Sinn wäre derselbe.

Ist der zur Beitragsleistung Verpflichtete zur Zeit der Verpflichtung Besitzer des als Beitrag zu Leistenden, so würde die Gesellschaft ohne die Bestimmung des § 718 Abs. 2 bereits durch brevi manu traditio nach § 929 S. 2 BGB. Eigentum an dem Beitrag erwerben; denn der Gesellschafter, der sich zur Beitragsleistung verpflichtet, will dadurch nicht für sich eine Quote an dem Beitrag erwerben, sondern er will zusammen mit den übrigen Gesellschaftern zur gesamten Hand auch an seinem Beitrag berechtigt werden. Da nun der Besitzer des Beitrages und der Erwerber, d. h. der qualitativ Mitberechte, ein und dieselbe Person sind, so genügt die bloße Einigung über den Uebergang des Beitrages, die hier in der Verpflichtung zur Beitragsleistung zu erblicken ist, zum Erwerb des Eigentums daran. Da wir es aber im Interesse einer größeren Rechtssicherheit nicht lediglich auf den Besitz des Verpflichteten abstellen können, da das bei einer späteren Zwangsvollstreckung oft zu undurchführbaren Feststellungen bezüglich der früheren Besitzverhältnisse an dem als Beitrag Geleisteten führen müßte, müssen wir den Eigentumserwerb an den Beiträgen auch ohne den vorherigen Besitz des Verpflichteten annehmen. Zusammenfassend können wir sagen: nicht erst dadurch, daß der Gesellschafter die ihm obliegende Uebereignung der Beiträge tatsächlich vornimmt, sondern schon durch die rechtsgültige Verpflichtung hierzu werden, wie wir oben nachzuweisen

---

1) so auch Cosack S. 28; Neumann S. 471.

suchten, die Beiträge Gesellschaftsvermögen[1]), sodaß also die verbleibenden Gesellschafter Eigentumsansprüche auf die rückständigen Beiträge gegenüber dem Ausgeschiedenen geltend machen können.

Selbstverständlich sind weitere Ansprüche nicht ausgeschlossen. Ist z. B. klar, daß die Gesellschaft, wenn der Ausgeschiedene seine Beiträge rechtzeitig geleistet hätte, einen dem nicht geleisteten Beitrag entsprechenden höheren Gewinn gemacht haben würde, so haben die Gesellschafter außer dem Anspruch aus § 985 noch den Anspruch darauf, daß der Ausgeschiedene ihnen den entgangenen Gewinn ersetze.

IV. Rechte des Ausscheidenden in Bezug auf schwebende Geschäfte.

Mit den Geschäften der Gesellschaft hat der Ausgeschiedene nichts mehr zu tun. Um ihn aber bei den bereits begonnenen, aber noch nicht beendeten Geschäften nicht leer ausgehen zu lassen, bleibt er nach § 740 an den sogenannten „schwebenden Geschäften" der fortgesetzten Gesellschaft noch rechtlich beteiligt und interessiert. § 740 lautet: „Der Ausgeschiedene nimmt an dem Gewinn und an dem Verluste teil, welcher sich aus den zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäften ergibt. Die übrigen Gesellschafter sind berechtigt, diese Geschäfte so zu beendigen, wie es ihnen am vorteilhaftesten erscheint. Der Ausgeschiedene kann am Schlusse jedes Geschäftsjahres Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte, Auszahlung des ihm gebührenden Betrages und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen".

Durch diese Bestimmung der Teilnahme an den schwebenden Geschäften, mit anderen Worten den Abwickelungsgeschäften, ist der Ausgeschiedene insoweit nicht noch als Gesellschafter zu betrachten. Insbesondere wird hierdurch, solange die Abwickelungsgeschäfte noch getätigt werden, auch keine Liquidationsgesellschaft ins Leben gerufen. Diese Bestimmung stellt vielmehr nur fest, daß der Ausgeschiedene noch beteiligt bleibt an den Geschäften, welche die unmittelbare Folge dessen darstellen, was schon vor seinem Ausscheiden geschehen ist, an dem er selbst noch mitgewirkt hat. Er bleibt daran beteiligt, da eine Abschätzung des Gewinnes oder Verlustes, der sich aus solchen Geschäften nach ihrer endgültigen Abwickelung ergeben wird, zur Zeit des Ausscheidens noch nicht durchführbar sein dürfte[2]). Das, was jetzt noch geschieht, muß sich darstellen als Abwickelung derjenigen Geschäfte, die schon zur Zeit des Ausscheidens getätigt oder eingeleitet waren[3]). Das Ergebnis dieser Abwickelungsgeschäfte wird

---

1) ähnlich auch RG 76, 278.
2) so Planck S. 1323 Note 1.
3) so auch Staudinger S. 1427 Anm. 1 a.

dem Ausgeschiedenen noch anteilig zugerechnet. Aber nur an diesen Geschäften ist er noch beteiligt, etwa nach seinem Ausscheiden getätigte Geschäfte gehen ihn nichts mehr an. Da der Ausgeschiedene nicht mehr Gesellschafter ist, hat er bei der Abwickelung der schwebenden Geschäfte auch nicht mehr die Stellung eines Gesellschafters; insbesondere stehen ihm keine Rechte mehr bezüglich der Geschäftsführung und keinerlei Einspruchsrechte mehr zu. Anderseits ist er aber auch nicht mehr verpflichtet zur Mitwirkung bei den Abwickelungsgeschäften. Nach Satz 2 a. a. O. ist es Sache der Gesellschafter, die Interessen des Ausgeschiedenen bezüglich der Abwickelungsgeschäfte gebührend wahrzunehmen. Ein Kontrollrecht i. S. des § 716 steht dem Ausgeschiedenen weiter nicht mehr zu. Seine Rechte sind durch Abs. 2 a. a. O. sehr eingeschränkt.

Wenn die Motive[1]) sagen, in Ansehung der laufenden Geschäfte seien die übrigen Gesellschafter gegenüber dem Ausgeschiedenen die „geschäftsführenden Gesellschafter", so ist diese Redewendung ungenau. Richtig insoweit, als der Ausgeschiedene der Geschäftsführung der Gesellschafter zwar unterworfen ist, und falsch insofern, als die Gesellschafter dem Ausgeschiedenen gegenüber in keinerlei Gesellschaftsverhältnis mehr stehen und deshalb ihm gegenüber auch nicht mehr die geschäftsführenden Gesellschafter sein können. Die Gesellschafter können also die schwebenden Geschäfte so beenden, wie es ihnen am besten erscheint. Dabei dürfen sie sich aber nicht einseitig durch ihre Interessen leiten lassen, sondern sie haben im vernünftigen Maßstabe auch auf die Interessen des Ausgeschiedenen Rücksicht zu nehmen. Führen sie die Geschäfte schuldhaft so, daß die Interessen des Ausgeschiedenen in keiner Weise berücksichtigt werden, so können sie dem Ausgeschiedenen gegenüber aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlungen schadensersatzpflichtig werden. Eine Vergütung für ihre Tätigkeit bei den Abwicklungsgeschäften können die Gesellschafter nicht zurückbehalten.

Fraglich ist, für welchen Verschuldensgrad die Gesellschafter dem Ausgeschiedenen aus den Abwicklungsgeschäften verhaftet sind. Staub[2]), Knoke[3]), Staudinger[4]) u. a. nehmen an, daß die Gesellschafter bei den Abwicklungsgeschäften nur für diligentia quam suis nach § 708 verantwortlich seien, weil die Tätigkeit der Gesellschafter bei den Abwicklungsgeschäften einen gesetzlichen Teil ihrer Gesellschaftereigenschaft darstelle, also auf der Grundlage des alten Gesellschaftsverhältnisses beruhe. Diese Ansicht kann man aber nur vertreten, wenn man einseitig die Interessen der Gesellschaft berücksichtigt. Der Ausgeschiedene bedarf hier aber gerade einer größeren

1) Mot. II. S. 631.
2) S. 752 Anm. 27.
3) S. 131.
4) S. 1428 Anm. b.

Sicherheit; denn das Recht, die Geschäftsführung zu überwachen, steht ihm nicht mehr zu, und die Gefahr, durch schlechte Führung der Abwickelungsgeschäfte übervorteilt zu werden, ist daher nicht von der Hand zu weisen. Aus dieser Erwägung heraus wird den beiderseitigen Interessen mehr Genüge geschehen, wenn die Gesellschafter bei der Abwicklungstätigkeit für jedes Verschulden im Sinne des § 276 BGB. haften. Sicherlich ist dadurch für den Ausgeschiedenen eine größere Sicherheit gegeben. Weiter wird folgendes zur Begründung dieser Ansicht nicht unbeachtlich sein. Ueberträgt der Ausgeschiedene seine Ansprüche aus einem Abwicklungsgeschäft, so tritt an seine Stelle jetzt ein Dritter, der bisher nie in Beziehung zu der Gesellschaft gestanden hat. Die Gesellschafter könnten sich nunmehr einem ihnen vollkommen Fremden gegenüber auf ihre leichtere Haftung für diligentia quam suis berufen, für die nach § 708 nur die Gesellschafter untereinander einzustehen haben. So wäre es also möglich, daß die Haftung für diligentia quam suis, die gerade nur unter besonderen Verhältnissen, welche auf dem gegenseitigen Vertrauen der Beteiligten aufgebaut sind, Platz greift gegenüber einem fremden Dritten, dem die Gesellschafter, da sie dessen persönliche Eigenschaften gar nicht kennen, persönliches Vertrauen gar nicht entgegen bringen können. Das widerspricht aber dem Begriff der diligentia quam suis, und deshalb kann eine Haftung der Gesellschafter bei den Abwicklungsgeschäften nur für diligentia quam suis nicht in Frage kommen.

Die Vorschrift des § 740 betrifft nur das Innenverhältnis, d. h. das Verhältnis der Gesellschafter einerseits gegenüber dem Ausgeschiedenen anderseits. Daher wird der Ausgeschiedene Dritten gegenüber aus den schwebenden Geschäften nicht mehr verpflichtet[1]; denn den Gesellschaftern steht ein Vertretungsrecht des Ausgeschiedenen nicht mehr zu, sodaß also die Abwickelungsgeschäfte nicht mehr in seinen Namen gemacht werden. Umgekehrt kann sich der Ausgeschiedene Dritten gegenüber auch nicht mehr auf diese Geschäfte berufen.

Ebenso wie der Ausgeschiedene auf seinen Anspruch auf die Abfindung verzichten kann, steht auch hier nichts im Wege, daß er auf seine Rechte aus den schwebenden Geschäften verzichtet[2].

Neu entstanden sind dem Ausgeschiedenen die Ansprüche § 740 Abs. 2. Danach hat der Ausgeschiedene einen Anspruch auf jährliche Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte, auf Auszahlung des ihm gebührenden Betrages und auf Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte. Die Rechenschaftslegung hat

---

1) so auch Staub S. 752 Anm. 23; Knoke S. 131; Staudinger S. 1428 Anm. 6; JW. 1902, 445, Nr. 10.

2) so auch Staudinger S. 1427; Knoke S. 131 Anm. 23; Staub S. 752.

den Erfordernissen des § 259 BGB. zu entsprechen. Nötigenfalls kann der Ausgeschiedene die Ableistung des Offenbarungseides verlangen. Die Höhe des aus den schwebenden Geschäften sich ergebenden Betrages, der dem Ausgeschiedenen auszuzahlen ist, ist durch die Rechenschaftslegung zu ermitteln. Ist dieser Betrag auch anderweit zu berechnen, so kann er selbstverständlich auch auf Grund dieser Berechnung bestimmt werden. Die Auszahlung des etwaigen Gewinnes aus diesen schwebenden Geschäften kann der Ausgeschiedene nicht sogleich nach Beendigung des betreffenden Abwickelungsgeschäftes verlangen, sondern für alle Abwickelungsgeschäfte erst am Ende des jeweiligen Geschäftsjahres. Ueberträgt der Ausgeschiedene seinen Anspruch aus diesen Geschäften, so geht durch die Zession nicht auch der Anspruch auf die Rechenschaftslegung über. Dieses Recht verbleibt vielmehr dem Ausgeschiedenen, da es ihm in der Eigenschaft als früheren Gesellschafter zusteht, und da er auch dem Zessionar gegenüber verpflichtet ist, diesem die notwendigen Nachweise zu verschaffen [1]).

Ueber die Tragung der durch das Ausscheiden sich ergebenden Kosten sagt das Gesetz nichts. Da aber das Gesetz das Ausscheiden möglich macht, darf dieses Recht durch zu hohe Kosten keinem Gesellschafter ganz oder teilweise geschmälert werden. Deshalb sind m. E. die Kosten von den Gesellschaftern und dem Ausgeschiedenen anteilig im Verhältnis ihrer Beteiligung am Gewinn und Verlust zu tragen; denn dadurch, daß die Gesellschafter die Vereinbarung des Fortbestandes der Gesellschaft trotz Ausscheidens eines einzelnen Gesellschafters treffen, verpflichten sie sich auch gleichzeitig, die durch das Ausscheiden entstehenden Kosten zu tragen. Insofern gehört die Verpflichtung zur Tragung der entstehenden Kosten zu den vertraglichen Gesellschaftspflichten. Anders kann sich aber die Frage der Kostentragung bei der Ausschließung regeln, da es hierbei darauf ankommen muß, ob ein Gesellschafter infolge Verschuldens oder ohne ein solches Verschulden aus der Gesellschaft ausgeschlossen wird. Wird er wegen verschuldeter Verletzung der Gesellschaftspflichten ausgeschlossen, so sind auch die Kosten durch ihn allein verursacht und billigerweise von ihm zu tragen, während im Falle unverschuldeten Ausschlusses die Kostentragung wie beim Ausscheiden nach § 736 zu regeln ist.

---

1) so Staudinger S. 1428 Anm. 5.

Lebenslauf.

Ich, Wilhelm Peters, wurde am 15. November 1903 zu Herne i. W. als Sohn des Konrektors Anton Peters und seiner Ehefrau Hulda geb. Krämer geboren. Von meinem 6. bis 10. Lebensjahr besuchte ich die Elementarschule zu Herne. Ostern 1914 bezog ich das humanistische Gymnasium zu Herne und bestand Ostern 1923 daselbst die Reifeprüfung. Vom S.-S. 1923 bis zum S.-S. 1925 studierte ich an der Philipps-Universität Marburg. Ich hörte dort juristische Vorlesungen bei folgenden Professoren: André, Enneccerus, Leonhard, Traeger, Jung, Merk, Meyer, Engelmann, Gerber, Troeltsch, Koeppe, Röpke, Stengel, Häpke.

Im W.-S. 1925/26 übersiedelte ich zur Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster, woselbst ich bis zum W.-S. 1926/27 verblieb. In Münster hörte ich juristische Vorlesungen bei folgenden Professoren: Ermann, Lukas, His, Naencrup, Bühler, Thomsen, Rosenfeld, Krüger, Hoffmann, Bruck, Többen, Weber, Kroller.

Das S.-S. 1927 verbrachte ich wieder in Marburg und hörte noch bei folgenden Professoren juristische Vorlesungen: Genzmer, Leonhard, Koeppe, Mezger, Jung, Troeltsch.

Am 2. November 1927 bestand ich vor der juristischen Prüfungskommission am Oberlandesgericht in Kassel mit der Gesamtnote „ausreichend" das erste juristische Examen. Seit dem 5. Dezember 1927 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst bei den Gerichten.